

Molles (av. 2)

22-11-16

TÍTULO II PRIVILEGIOS

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Por RODRIGO PADILLA

Bibliografía sobre la reforma: FASSI, SANTIAGO C. - GEBHARDT, MARCELO, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*, 6ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997; FERRER, PATRICIA, "Régimen de los privilegios. Algunas consideraciones acerca del Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en JA, III-792; HIGHTON, ELENA I., "Extensión y funcionamiento del privilegio por gastos de justicia en el Proyecto de unificación legislativa civil y comercial", ED, 128-705; ITURBIDE, GABRIELA A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.) - MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", LA LEY, 1980-C, 797; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Los privilegios en el Proyecto de Código", LA LEY, 8/8/2012; RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", ED, 127-693.

Bibliografía clásica: FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., "Privilegios en general y privilegios en la quiebra", LA LEY, 14-584; MOLINARIO, ALBERTO D., *Los privilegios en el derecho civil argentino*; SPOTA, ALBERTO G. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P. (actualizador), *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil*, ts. I y II, LA LEY, Buenos Aires, 2009, y ts. IV y VI.

♦ ♦ ♦

Art. 2573. — Definición. Asiento. Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Puede ejercitarse mientras la cosa afecta-

da al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Sin dudas que en esta materia se ha avanzado significativamente respecto del régimen del anterior Código Civil. De hecho, una de las críticas más conocidas a la obra de Vélez Sarsfield concierne al tema que me ocupa. Muchas disposiciones no ayudaron para esclarecer esta crucial cuestión. Al contrario, crearon un consabido caos legislativo que tuvo su eco en la doctrina y jurisprudencia.

Como se explica claramente en los Fundamentos del nuevo Código, las dos leyes fundamentales que regulan lo relacionado con los privilegios son el Código Civil y la Ley de Concursos y Quiebras. Pero existen otros ordenamientos que los involucran, como la Ley de la Navegación, el Código Aeronáutico, el Código de Minería, el Código Penal, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Contrato de Trabajo; además de otras leyes que contemplan ciertos privilegios en forma aislada (v.gr., leyes fiscales, leyes sobre prenda con registro, *warrants*, debentures, propiedad horizontal, etcétera).

Todos estos ordenamientos no siempre guardan armonía entre sí, de manera que, a fin de dilucidar los conflictos entre acreedores, el operador jurídico suele encontrarse enfrentado a situaciones de complejísima solución habiéndose creado ese caos —o laberinto jurídico—, como señalé recién.

Frente a ello, este nuevo Código tiene como norte la simplificación de esta temática y su clarificación para lograr una uniforme aplicación práctica. Ahora bien, entendieron los codificadores que no corresponde contemplar en un Código Civil y Comercial lo atinente a privilegios que son de otra naturaleza (v.gr., Ley Laboral, Ley de Navegación, etc.), no obstante es innegable que se buscó consensuar y simplificar la materia como sucede en otros sistemas jurídicos.

Por supuesto que lo ideal sería contar con una sola legislación que abarque la totalidad de los privilegios, pero para conseguir esa meta previamente al menos habría que ponerse de acuerdo respecto de cuál legislador sería competente (el civil, concursal, laboral, etc.). Al respecto se ha dicho que "sería aconsejable la absoluta unificación de los privilegios en el Código Civil incorporando todos los supuestos previstos por las le-

yes especiales dentro de sus normas, evitando la dispersión legislativa que tantos inconvenientes ha ocasionado" (Ferrer). Vale decir que la autora citada entiende que es el legislador civil el competente para encarar semejante empresa. Estoy de acuerdo en ello, y en este aspecto se ha perdido una inmejorable oportunidad.

Sobre esta pretensión de unificar o consolidar la materia de privilegios en un solo cuerpo orgánico, la doctrina es pacífica. Al respecto dijo Highton que lo ideal es la unificación de los privilegios en un solo cuerpo de leyes, "pues las remisiones de un cuerpo legislativo a otro, la duplicación de disposiciones y especialmente, la falta de coordinación entre las normas, hace que un mismo crédito sea privilegiado o no, o tenga prevalencia sobre otro (o desaparezca el privilegio) según el deudor esté o no concursado, o exista o no algún acreedor intermedio que provoque la interpretación diversas de las normas. La calidad del crédito no debe variar en las diferentes situaciones y los terceros deben saber a qué atenerse en todo momento". En igual sentido, entre tantos autores, Rivera-Medina; Kemelmajer de Carlucci; Ferrer y Mariani de Vidal.

Es que la subsistencia de otros privilegios, por fuera de los consagrados en la legislación civil y comercial, incluyendo la concursal, va a "generar dudas interpretativas, contiene alguna solución disvaliosa y autoriza la vigencia de ciertos regímenes continentes de súper privilegios, de difícil justificación. Por lo demás, incidirá en el orden de los privilegios la preseencia de ciertos créditos amparados por esas leyes especiales" (Rivera - Medina).

Por otro lado se ha puesto de manifiesto que la proliferación de privilegios creados en la legislación especial es debido a la presión que ciertos grupos ejercen sobre el legislador. Y que es plausible que como regla general se disponga la derogación de los privilegios establecidos por leyes especiales, tal como lo hacía el art. 3084 del Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial del año 1987 (Kemelmajer de Carlucci).

Debo aclarar que muchos de los comentarios recién transcritos se refieren a aquel Proyecto del año 1987, el cual daba un paso más marcado en ese sentido de unificación que el actual Código, puesto que eliminaba los privilegios establecidos en leyes especiales aunque dejaba subsistentes varios micros-sistemas que atentan contra la unidad.

Es cierto que este nuevo Código se ha quedado a mitad de camino, en este sentido de consagrar un régimen único y, lógicamente, omnicompreensivo. Sin embargo, reitero, el avance es significativo.

Al respecto puede observarse que en los propios Fundamentos del nuevo Código se aclara que si bien no le corresponde a la Comisión ocuparse de la Ley de Concursos, ni la de Seguros, ni Navegación, etc., "a los

finés de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades".

Por ello, si bien se mantiene la doble regulación, "se contará con regímenes que guardan analogía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios" (Mariani de Vidal).

Es decir que a partir de la entrada en vigor de este Código los privilegios generales se deberán hacer valer sólo en los procesos colectivos. Por ello este Código regula sólo los privilegios especiales. Los generales rigen sólo en los procesos universales, haya o no insolvencia. Es decir que si el proceso es universal (también en el caso del proceso sucesorio), rige la ley concursal y no el Código Civil y Comercial. La unificación en materia de privilegios especiales supone la eliminación de algunos que contenía el Código Civil y que han desaparecido de la ley concursal, como son el del vendedor de inmuebles y el del locador (ver los citados "Fundamentos").

Los privilegios especiales se deben ejercitar en las ejecuciones singulares mediante la tercera de mejor derecho. Aunque es claro que la materia de privilegio tiene más interés en los concursos, es decir "cuando presuntivamente el patrimonio del deudor no alcanza para satisfacer todas sus deudas, en que el privilegio permite a algunos cobrarse antes que otros" (Fassi - Gebhardt).

Por cierto que no se consagra en esta nueva regulación normas sobre la *publicidad* de los privilegios, cuestión que tampoco regula la actual Ley de Concursos y Quiebras. Sin dudas que todavía no ha llegado el momento de introducirla en la legislación, "pues con anterioridad debería sopesarse con todo cuidado el enorme impacto que ella produciría sobre el sistema registral" (Iturbide; Mariani De Vidal).

Pues bien, la regulación de este capítulo la encontramos en el Libro Sexto, Título Segundo, arts. 2573 a 2586 del nuevo Código. En el de Vélez hay que buscarlo en el Libro Cuarto, Sección Segunda, Título I, arts. 3875 a 3938. En la Ley de Concursos y Quiebras, este tema está tratado en el Título IV, Capítulo I, arts. 239 a 250.

En definitiva, es evidente la reducción del articulado en esta materia y la simplificación del régimen. El nuevo Código sólo regula los privilegios *especiales*, dejando a la Ley Concursal lo atinente a los privilegios *generales*, bregando por la mentada unificación en este sensible campo.

Dicha simplificación y unificación cuenta con antecedentes en el Derecho nacional. De hecho el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial del año 1987 trasladaba al Código el capítulo referido a los privilegios que contemplaba la ley concursal entonces vigente —ley 19.551— y aquél prácticamente reproducía —con algunas variantes— el régimen concursal, lo que fue en general aplaudido por la doctrina (Kermelmaier de Carlucci).

En cuanto a las "Fuentes" del nuevo texto, quepa advertir que el presente Código —al igual que prácticamente todos los Códigos del mundo— carece de notas, a diferencia del Código derogado. Por ello no resulta sencillo revelar con exactitud los antecedentes que tuvo en consideración el legislador en cada artículo que consagra. Menos aún si de una definición se trata. Los "Fundamentos", tanto del nuevo Código, cuanto de los que obran en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998, tampoco ayudan demasiado.

Sí puedo afirmar, sin temor a equivocarme, que el criterio metodológico de tratar a los privilegios en el último Libro de este Código, en lo concerniente a las "disposiciones comunes a los derechos personales y reales" (junto al derecho de retención y la prescripción) —al igual que el Código de Vélez— encuentra sus antecedentes en las ideas de Freitas, expuestas en la *Introducción a la Consolidación de las Leyes Civiles* (Iturbide).

Justamente por ello acaso un defecto metodológico resida en no tratar a los privilegios en el área de las obligaciones, como contenido del derecho de crédito y hacerlo en este Libro Sexto cuando en realidad los privilegios se vinculan, para alguna doctrina, pura y exclusivamente con los derechos creditorios (Moisset de Espanés). Dicha crítica se le hizo a Vélez y podrá repetirse con el actual Código pues siguió, en este aspecto, el mismo camino.

Por otro lado, es fácil advertir que Vélez Sarsfield tomó como *modelos* en este tema de los privilegios a la Ley belga de 1851, al *Esbozo* de Freitas ya referido, al propio Código Civil francés, al de Luisiana y al de Chile. Las obras doctrinarias seguidas por Vélez fueron las de Aubry et Rau, Martou y Pont (Moisset de Espanés, entre tantos).

Respecto de la definición de privilegio, Vélez decía en el art. 3875 que "El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, se llama en este Código privilegio".

Este nuevo Código, finiquitando el asunto, tomó como indudable referente al antecesor Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998, el cual no definió al privilegio. Sobre dicho Proyecto

haré constantes referencias en los artículos que siguen, pues constituye, como dije, la fuente inmediata del presente Código.

II. COMENTARIO

1. El art. 2573 define al privilegio como la "calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro". Al definirlo como *calidad o cualidad* de un crédito y no como un *derecho* del acreedor (como lo hacía Vélez) se termina con la disputa sobre si éste es un derecho real o personal.

Recordaré que en nuestra doctrina se planteó una viva polémica sobre la naturaleza jurídica del privilegio. Así, autores como Segovia y Salvat entendían que el privilegio era un derecho real (principalmente por ser de origen legal y por la especie de acción persecutoria en materia de inmuebles y algunos muebles —en el Derecho francés pregonaban este carácter Demolombe, Planiol, Ripert y Josserand, entre otros—). Por el contrario, Molinario, Cortés, Trigo Represas, Argañaras, Bibiloni, León, Pizarro y Vallespinos, junto a la doctrina mayoritaria, sostenían que el privilegio se trataba de un derecho personal, puesto que el mismo no crea una relación directa e inmediata entre el acreedor y la cosa; ni tampoco importa un desmembramiento del dominio, ni confieren en general ese *ius perseguendi* contra terceros. Además no figura entre los derechos reales enumerados por el art. 2503 del Código Civil de Vélez (recordemos el sistema de *numerus clausus* adoptado por nuestro ordenamiento).

No obstante ello, algunos autores ya veían en los privilegios una simple solución brindada por la ley para el caso de conflicto de acreedores cuando los bienes del deudor común resultaran insuficientes para satisfacer a todos. Vale decir que no se trata de un derecho autónomo, sino una de las facultades comprendidas en algunos derechos de créditos cuando la ley concedió tal facultad —preferencia— en atención a la naturaleza misma del crédito (Moisset de Espanés).

En esa misma línea se señaló que los privilegios no son en realidad ni derechos personales, ni reales, puesto que no constituyen derechos subjetivos contra el deudor, sino meras *cualidades*, propiedades o modos de ser de ciertos créditos que les permiten ser pagados con preferencia a otros pero que carecen de autonomía (Allende, Llambías, Borda, Alterini, Ameal, López Cabana, Messineo, etc.).

Pues bien, este Código sigue esta última tendencia, la cual tiene en consideración más al *crédito* que al acreedor; a la *calidad, facultad o cualidad*, que al derecho. Se opta en la definición por resaltar la *objetividad* del privilegio.

2. También se determina en el artículo comentado que el privilegio puede ejercitarse mientras la cosa afectada a éste —asiento— "permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real". Es claro que con esta directiva legal se descarta, como regla, el carácter reipersecutorio del privilegio, aunque siempre queden a salvo disposiciones legales que contemplen lo contrario, como ser el caso de ciertos créditos laborales (art. 269, Ley de Contrato de Trabajo 20.744) y los privilegios sobre buques (arts. 484, inc. c), y 491, de la Ley de Navegación 20.094).

Se puede sostener que de las típicas características del derecho real del *ius praeferendi* y del *ius perseguendi*, el privilegio goza, en principio, sólo de la primera.

Además, en tanto se determina que los privilegios pueden ejercitarse mientras la cosa afectada al mismo permanezca en el patrimonio del deudor —salvo excepciones legales o subrogación real— avala "la postura de quienes entienden que el asiento del privilegio es la cosa" (Iturbide).

3. En la última parte se aclara que el privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas por ley. Ello es lógico, puesto que las cosas que no se pueden embargar tampoco pueden ejecutarse. Y el privilegio trata justamente sobre la ejecución forzosa de ciertos bienes de un deudor común a varios acreedores, cuyos bienes en principio son insuficientes para atender a todos los créditos debidos. Allí es donde los acreedores podrán hacer valer sus privilegios, siempre por la calidad de sus créditos y no en razón de las personas involucradas.

Art. 2574. — Origen legal. Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma se relaciona en forma directa con el art. 3876, primera parte, del Código de Vélez. En efecto, el Código Civil de Vélez establecía que "El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores".

A su turno, esta disposición encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. Este Proyecto establecía en su art. 2514 que "Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro sino del modo como la ley lo establece".

II. COMENTARIO

1. Como bien se ha señalado, en nuestro ordenamiento los autores distinguen entre *causas legítimas de preferencia y privilegios*. Todo privilegio implica una causa legítima de preferencia, pero no a la inversa. Vale decir que causa legítima de preferencia tiene una extensión mayor que el concepto del privilegio, puesto que también abarca a la hipoteca, la prenda y los demás derechos de garantía generadores de preferencias (Molinario).

En este sentido se predica la *convencionalidad* como presupuesto de las garantías reales, desde que nuestro sistema no admite la existencia de hipotecas u otros derechos reales tácitos o judiciales; y la *legalidad* respecto de los privilegios, "en el sentido de que los privilegios sólo pueden ser creados por la ley" (Rivera-Medina).

También se ha señalado que la *causa del crédito* es el elemento que sirve para "distinguir los privilegios (cuyo origen *inmediato* es la ley, que toma en consideración la causa del crédito), de las preferencias nacidas de los derechos reales (cuya fuente inmediata es la convención y la mediata es la ley y en las que ninguna relevancia tiene la causa de la obligación)" (Llambías; Kemelmajer de Carlucci).

Esta distinción, cuyo antecedente vernáculo puede remontarse hasta el Código de Comercio de 1859, apareció cuestionada por el Proyecto de unificación legislativa del año 1987 (el cual llegó a ser ley, luego vetada por el presidente Menem) "al eliminar del art. 3875 del Cód. Civil la mención del origen legal, y al autorizar en el art. 3876 —interpretado a *contrario sensu*— que los deudores creen privilegios a favor de sus acreedores en el modo que ella establezca" (Rivera - Medina).

Quepa aclarar que en puridad fue Biliboni quien en su Anteproyecto sostuvo que el art. 3876 del Código de Vélez era errado, pues el deudor puede crear privilegios a sus acreedores a través de la constitución de derechos reales de garantía (ver nota al art. 1276 de su Anteproyecto).

No obstante ello, este Código se inclina por la idea contraria, aquella que por cierto predomina ampliamente en la doctrina, tal el origen legal de los privilegios. "En efecto, la mayor parte de nuestros autores sostiene que los privilegios son siempre legales, incluyendo a las preferencias que emanan de los derechos reales de garantía" (Rivera-Medina).

2. También se ha señalado con todo acierto que los privilegios no constituyen en puridad una creación del legislador, "sino la consagración en las legislaciones particulares de un principio universal, que reposa en la valoración que la sociedad concede a ciertos créditos por su

naturaleza. Sólo pueden ser establecidos por la legislación nacional" (Fernández; Fassi - Gebhardt).

3. Amén del origen legal recién referenciado, la doctrina en general suele afirmar que los privilegios tienen estos otros caracteres: *excepcionalidad; inseparabilidad; objetividad* y que otorgan una *prelación* en cuanto al pago (Moisset de Espanés).

Así, son *excepcionales* porque quiebran el principio de igualdad. Marcan una excepción a la regla de que todos los acreedores están en un plano de igualdad frente al patrimonio de su deudor común. Y al ser excepcionales los privilegios, es claro que su interpretación ha de ser, necesariamente, de carácter restrictivo, no pudiéndose crear privilegios por analogía (Fernández; Fassi - Gebhardt).

También se pregona que los privilegios son *inseparables*, en tanto no sólo son *accesorios* de los créditos a los cuales se refieren, sino que también son inseparables y se *transmiten* junto a los mismos. Sobre este punto volveré más adelante.

En cuanto a la *objetividad*, quepa decir que dicha preferencia que otorga la ley a ciertos créditos "no tiene vinculación con los sujetos que son titulares, sino con la naturaleza misma de la prestación realizada por el acreedor y que ha sido la causa del nacimiento del crédito" (Moisset De Espanés).

Respecto de la última de las características señaladas, hay que subrayar que los privilegios sólo confieren "un derecho de preferencia o prelación sobre el precio de las cosas afectadas al privilegio, y no un derecho sobre las cosas mismas" (Moisset de Espanés). Esta cualidad ha sido fundamental para que la doctrina en general entienda que los privilegios no eran derechos reales, puesto que el acreedor no puede hacer efectivo su derecho directamente sobre la cosa misma, sino que deberá necesariamente recurrir a la Justicia para efectuar la *liquidación* y recién entonces actuará su privilegio, acordándole una preferencia sobre el precio obtenido de dicha liquidación, lo cual le permitirá cobrar antes que otros acreedores (Moisset de Espanés).

Otros autores agregan como caracteres propios de los privilegios a su: *accesoriedad; transmisibilidad e indivisibilidad* (Iturbide).

En este sentido se dijo que siendo cualidades de ciertos créditos, los privilegios son *accesorios* a ellos y quedan ligados a su suerte, salvo el caso de novación —puesto que por medio de reserva expresa las partes pueden impedir la extinción del privilegio—.

Sobre la transmisibilidad y la indivisibilidad ya hablaré al tratar el art. 2576 de este nuevo Código.

III. JURISPRUDENCIA

Los privilegios son de interpretación restrictiva —pues si se acepta una extensión mayor a la admitida por la ley se menoscaba el derecho de terceros—, y que nacen estrictamente de la ley (arts. 3875 y 3876, Cód. Civil) (CSJN, 2/8/1988, LA LEY, 1989-B, 579; JA, 1988-IV, 275).

Art. 2575. — Renuncia y postergación. El acreedor puede renunciar a su privilegio. El acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; en tal caso, los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas, siempre que no afecten derechos de terceros.

El privilegio del crédito laboral no es renunciabile, ni postergable.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo se relaciona en forma parcial con el art. 3876, segunda parte, del Código Civil, según ley 24.441 —art. 76—. Y digo en forma parcial, puesto que el Código Civil de Vélez no hablaba de *renuncia* del privilegio, sino sólo de su *postergación*. Y en cuanto a dicha postergación tampoco establecía en forma expresa que no podría realizarse si afectaban derechos de terceros. Así, el Código Civil disponía que "Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor".

También en la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras encontramos relaciones parciales con el art. objeto de comentario. En efecto, en el art. 250 se establece que "Si los acreedores hubiesen convenido con su deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas presentes o futuras de éste, sus créditos se registrarán por las condiciones de su subordinación".

Por otra parte, esta disposición encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. De hecho se siguió a dicho Proyecto en forma casi literal. Así, el mentado Proyecto de 1998 establecía en su art. 2515 que "El acreedor puede renunciar a su privilegio. El acreedor y el deudor pueden convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas presentes o futuras; en tal caso, los créditos subordinados se rigen por las cláusulas convenidas siempre que no afecten la posición de otros acreedores".

Como puede apreciarse a simple vista, el nuevo Código mejora la redacción en tanto determina que los pactos de postergación no afecten derechos de terceros, en general; mientras que el Proyecto del año 1998 hablaba de no afectar la posición de otros acreedores.

Por otra parte, el nuevo Código expresamente prohíbe la renuncia y la postergación del privilegio emanado del crédito laboral, cuestión no contemplada ni en la legislación concursal, ni en el mencionado Proyecto del año 1998.

II. COMENTARIO

1. Como dije al comentar el artículo anterior, los privilegios resultan exclusivamente de la ley. Las partes no tienen autoridad para crear tal o cual privilegio a favor de tal o cual acreedor, puesto que ello atentaría contra el principio básico de la igualdad de los acreedores frente al patrimonio de su deudor común, patrimonio que constituye la "prenda" o garantía de sus créditos.

Ello se relaciona también con el hecho que los privilegios tienen en consideración circunstancias objetivas. No se protege a tal o cual acreedor, sino más bien a tal o cual crédito, que por distintos motivos —interés público, equidad, salubridad, protección al trabajo, conveniencia económica, etc.— merece un trato diferencial.

2. Esta falta de fuerza de la autonomía de la voluntad de los particulares no es absoluta. Ello puesto que si bien el deudor no puede *crear* privilegios —origen legal—, sí puede, en cambio, convenir con su acreedor la *postergación* de los derechos de dicho acreedor con respecto de otras deudas —presentes o futuras, agrega el Código—. Por supuesto que en tal caso los créditos postergados —*subordinados*— se van a regir por sus términos convenidos, siempre que no afecten derechos de terceros. "Ello permite que entre a jugar la autonomía de la voluntad en cuanto al rango, como acontece con las garantías reales" (Iturbide).

Dicha posibilidad de convenir la postergación de los derechos del acreedor respecto de otras deudas, "no desnaturaliza el necesario origen legal de los privilegios, porque las convenciones celebradas reglarán los derechos entre acreedor subordinante y acreedor subordinado, pero no podrán afectar derechos de terceros, como se dispone expresamente, con lo que el principio de legalidad de los privilegios no sufre demérito alguno. Ello es así, pues el convenio de subordinación, como principio, debe mantener inalterada la situación del resto de los acreedores, sin beneficio ni perjuicio para éstos" (Iturbide y Mariani de Vidal). Por cierto que los mencionados convenios de subordinación se encontraban ya ad-

mitidos en la Ley de Concursos y Quiebras, y en el Código Civil de Vélez, como resalté anteriormente.

3. Por otra parte, también se permite en forma expresa la *renuncia* del privilegio, tal como prevé la primera parte del artículo objeto de comentario. Quepa aclarar que dicha renuncia no implica la renuncia del crédito al cual el privilegio accede, sino tan sólo a su carácter de privilegiado. Por lo tanto, esta renuncia no constituye un modo de extinción de las obligaciones, claro está salvo que el acreedor expresamente pretenda renunciar no tan sólo al privilegio, sino además al crédito al cual va anexo. Esta segunda renuncia jamás podrá considerársela en forma tácita, sino que expresamente deberá así constar sin que quede la menor duda.

4. Por último, en forma tuitiva la ley determina que el privilegio emanado del crédito laboral no es renunciable ni postergable. Su razón es más que obvia: la protección que se dispensa a los trabajadores, quienes en ocasiones determinadas pueden encontrarse sorprendidos ante dichas situaciones no deseables. Por ello el Código prohíbe en forma terminante estos pactos que sólo perjudicarían a los trabajadores.

Art. 2576. — Indivisibilidad. Transmisibilidad. Los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, independientemente de la divisibilidad del asiento o del crédito. La transmisión del crédito incluye la de su privilegio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

De entrada hay que advertir que la cuestión de la *indivisibilidad* no encuentra correlato directo con el Código de Vélez Sarsfield. Cosa distinta sucede con la *transmisión* que sí fue contemplada por el codificador de 1869. En efecto, el Código Civil de Vélez establecía en su art. 3877 que "Los privilegios se transmiten como accesorios de los créditos a los cesionarios y sucesores de los acreedores, quienes pueden ejercerlos como los mismos cedentes".

Tampoco el Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998 consagraba la indivisibilidad del privilegio. Pero sí determinaba su transmisión. Sus expresiones, en este sentido, son idénticas a las del nuevo Código. Así, dicho Proyecto establecía en su art. 2516 que "La transmisión del crédito incluye la de su privilegio".

II. COMENTARIO

1. Como señalé al resaltar los caracteres de los privilegios, los privilegios son inseparables, en tanto no sólo son accesorios de los créditos

a los cuales se refieren, sino que también son inseparables de éstos y se *transmiten* junto a los mismos. Por ello el artículo que comento dice en forma expresa que la transmisión del crédito incluye la de su privilegio, "disposición lógica si se parte de la base de que 'el privilegio es una calidad que corresponde al crédito'" (Mariani de Vidal).

2. Por otro lado también los privilegios son *indivisibles*, tal como reza la norma analizada. Y son indivisibles tanto respecto del *asiento*, cuanto del *crédito*, independientemente de la divisibilidad de cualquiera de ellos.

Esta regla de la indivisibilidad implica que todo el producido de la cosa o cosas, y cada parte de ese producido "quedan afectados al pago de todo el crédito y de cada parte de él, de modo que la división de las cosas o del crédito no afecta la integridad del privilegio y éste subsiste hasta tanto haya sido totalmente satisfecho el acreedor" (Iturbide).

Art. 2577. — Extensión. El privilegio no se extiende a los intereses, ni a las costas, ni a otros accesorios del crédito, excepto disposición legal expresa en contrario.

Art. 2578. — Cómputo. Si se concede un privilegio en relación a un determinado lapso, éste se cuenta retroactivamente desde el reclamo judicial, excepto disposición legal en contrario.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Estos dos artículos no encuentran antecedente ni relación directa con el Código de Vélez Sarsfield, sí en cambio con la ley 24.522 de Concursos y Quiebras. En efecto, dispone el art. 242 que "Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio: 1) Los intereses por dos años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inc. 2º del art. 241. 2) Las costas, todos los intereses por dos años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inc. 4º del art. 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden. El privilegio reconocido a los créditos previstos en el inc. 6º del art. 241 tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos".

Además se puede constatar su íntima relación con lo predicado por el Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. De hecho en la cuestión de la *extensión* de los privilegios sus expresiones son casi idénticas a las del nuevo Código. Así, dicho Proyecto establecía en su art. 2517 que "El privilegio no se extiende a los intereses ni a las costas, salvo disposición legal expresa en contrario".

En cuanto al *cómputo* de los privilegios, quepa aclarar que el Proyecto del año 1998 tomó como pauta a tener en consideración el momento de la subasta del bien que se ejecuta. En cambio en el nuevo Código, como puede apreciarse, se tiene en cuenta retroactivamente desde la fecha del reclamo judicial. El mencionado Proyecto disponía en su art. 2518 que "Si se concede un privilegio en relación a un determinado lapso de tiempo, éste se cuenta desde la fecha en que se realiza la subasta del bien, salvo disposición legal en contrario".

II. COMENTARIO

1. Al ser los privilegios de carácter excepcional, los mismos no se deben extender a los intereses ni a las costas. Tampoco se extienden a otros accesorios del crédito, aclara la norma que comento. De hecho Vélez Sarsfield ya decía en la nota al art. 3879 que siendo los privilegios de derecho estricto, no son susceptibles de extenderse. Se veda en esta materia, entonces, la aplicación analógica a supuestos no contemplados. Claro que ello será así, salvo que la ley disponga otra solución.

Dicho carácter restrictivo de los privilegios justifica que no se extiendan ni a los intereses, ni a las costas y otros accesorios, como señalé recién. En materia de intereses se sigue la opinión mayoritaria. Y en cuanto a las costas, ello "no implica que se suprima el privilegio de los que hoy denominamos 'gastos de justicia', ya que seguirán gozando de una situación preferente respecto del crédito que han beneficiado" (Iturbide y Mariani de Vidal).

2. En cuanto al art. 2578, debe tenerse en cuenta que si el privilegio que se pretende hacer valer se encuentra en relación con un determinado lapso temporal, éste por regla se contará en forma retroactiva desde el reclamo judicial. Una aplicación común de esta situación será la referida a las remuneraciones por seis meses debidas al trabajador, privilegio consagrado en el art. 2582, inc. b), como se verá más adelante.

Art. 2579. — Procesos universales. Régimen aplicable. En los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos.

Art. 2580. — Privilegios generales. Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La mayor innovación en el nuevo régimen concierne al tema que me ocupa. Por ello no se encuentra correspondencia directa con el Código Civil de Vélez (hay cierta relación indirecta con los arts. 3879, 3880, 3918 y concs. del anterior Código Civil). Es que Vélez reguló un doble sistema de privilegios: especiales y generales —amén de los referidos a muebles o inmuebles—. Ahora sólo se mantienen en el nuevo Código los especiales, incluso con eliminación de algunos supuestos reconocidos en el anterior Código. Esto se logra en base a la remisión a la ley concursal tanto de los privilegios generales, cuanto de los procesos universales —exista o no insolvencia—, incluido el proceso sucesorio.

Dicha norma se relaciona en forma parcial con el art. 239 de la ley concursal, el cual dice en su primera parte que "Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y coafirme a sus disposiciones".

En el Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998 también se remitía a la ley concursal lo atinente a los privilegios generales (al igual que anteriores Proyectos vernáculos). Pero no se incluía a los procesos sucesorios en ese régimen concursal. En efecto, dicho Proyecto establecía en su art. 2519 que "Mediando concurso, los privilegios se rigen por la ley respectiva". A su turno el art. 2520 determinaba que "Los privilegios generales sólo pueden ser invocados en los procesos universales. Se rigen siempre por la ley de los concursos, exista o no cesación de pagos".

II. COMENTARIO

1. Como señalé al principio de este capítulo este nuevo Código tiene como norte la simplificación de esta temática y su clarificación para lograr una uniforme aplicación práctica, por ello es que se buscó consensuar y simplificar la materia.

También dije que lo ideal sería contar con una sola legislación que abarque la totalidad de los privilegios; pero como se entendió que no le correspondió a la Comisión ocuparse de la Ley de Concursos, ni la de Seguros, ni Navegación, etc., "a los fines de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se

ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades" (Fundamentos).

Por ello, si bien se mantiene la doble regulación, "se contará con regímenes que guardan analogía para ambos tipos de ejecuciones (las individuales y las colectivas), armonía que generará una mayor inteligibilidad en el tema de los privilegios" (Mariani de Vidal).

Es decir que a partir de la entrada en vigor de este Código los privilegios generales se deberán hacer valer sólo en los procesos colectivos. Por ello este Código regula sólo los privilegios especiales. Los generales rigen sólo en los procesos universales, haya o no insolvencia.

Es decir que si el proceso es universal (también en el caso del proceso sucesorio), rige la ley concursal y no el Código Civil y Comercial. "De este modo los procesos sucesorios quedan sujetos a este régimen —el concursal— cuando se trate de graduar el orden de cobro de los acreedores" (Mariani de Vidal).

La unificación en materia de privilegios especiales supone la eliminación de algunos que contenía el Código Civil y que han desaparecido de la ley concursal, como lo son el del vendedor de inmuebles y el del locador (ver, otra vez, los citados "Fundamentos").

Vale decir, reitero, que este nuevo Código "mantiene la distinción entre privilegios generales y especiales, y dispone que los privilegios generales sólo puedan ser invocados en los procesos universales, rigiéndose por la ley aplicable a los concursos (art. 2580), tal como ocurre en la actualidad" (Iturbide).

Art. 2581. — Créditos quirografarios. Los acreedores sin privilegio concurren a prorrata entre sí, excepto disposición expresa en contrario de este Código.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En puridad no existe una norma del Código Civil de Vélez que exprese esta regla en forma tan categórica y general. Sí podemos corroborar que el art. 3882 disponía que "Los créditos privilegiados sobre bienes muebles se ejercen según el número que indica su clasificación. Los de un mismo número concurren a prorrata, si fuesen de igual condición".

Tampoco en la legislación concursal encontramos una norma similar. Sólo dice al respecto el art. 248 que "Los créditos a los que no se le reconocen privilegios son comunes o quirografarios".

Por cierto que el Proyecto de 1998, primera fuente en esta materia, no tenía consagrada dicha regla básica.

II. COMENTARIO

1. Esta disposición sienta un principio que por ser tan lógico en anteriores ordenamientos legales no se enunciaba. Tampoco disponía Vélez, por ejemplo, que el patrimonio constituía la prenda —garantía— común de los acreedores, pero nadie ponía en duda la validez universal de dicho principio elemental que ahora el nuevo Código recoge, también, en forma expresa.

Los acreedores comunes o quirografarios resultan por exclusión de aquellos a quienes se les ha reconocido un privilegio. "Precisando la calificación de privilegiado de un texto legal expreso, sin que pueda extenderse por analogía, a falta de tal texto el crédito es quirografario" (Fassi - Gebhardt).

CAPÍTULO 2

PRIVILEGIOS ESPECIALES

Por RODRIGO PADILLA

Bibliografía sobre la reforma: FASSI, SANTIAGO C. - GEBHARDT, MARCELO, *Concursos y quiebras. Comentario exegético de la ley 24.522. Jurisprudencia aplicable*, 6ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1997; FERRER, PATRICIA, "Régimen de los privilegios. Algunas consideraciones acerca del Proyecto de ley de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación", en JA, III-792; HIGHTON, ELENA L., "Extensión y funcionamiento del privilegio por gastos de justicia en el Proyecto de unificación legislativa civil y comercial", ED, 128-705; ITURBIDE, GABRIELA A., "Privilegios. Comentario a los artículos 2573 a 2586", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.) - MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "Primeras reflexiones en torno a los privilegios en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", LA LEY, 1988-C, 797; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Los privilegios en el Proyecto de Código", LA LEY, 8/8/2012; RIVERA, JULIO CÉSAR - MEDINA, GRACIELA, "El tratamiento de los privilegios en el Proyecto de unificación legislativa", ED, 127-693.

Bibliografía clásica: FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., "Privilegios en general y privilegios en la quiebra", LA LEY, 14-584; MOLINARIO, ALBERTO D., *Los privilegios en el derecho civil argentino*; SPOTA, ALBERTO G. LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P. (actualizador), *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil*, ts. I y II, LA LEY, Buenos Aires, 2009, y ts. IV y VI.

Art. 2582. — Enumeración. Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica:

a) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal;

b) los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de

preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación.

Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre éstos;

c) los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos;

d) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre ésta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla;

e) los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, *warrant* y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante;

f) los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Relacionar a este artículo con el Código Civil va a resultar algo engorroso. Por ello se hará un breve resumen de cómo legislaba Vélez Sarsfield sobre esta materia. Así, a los privilegios los clasificaba de esta forma: a) *sobre el patrimonio en su conjunto*: están consagrados en el art. 3879: 1) los gastos de justicia hechos en el interés común de los acreedores y los que cause la administración durante el concurso; 2) los créditos del fisco y las municipalidades por impuestos públicos directos o indirectos; b) *sobre la generalidad de los muebles*: art. 3880: 1) gastos funerarios; 2) gastos de última enfermedad durante seis meses; 3) salarios por seis meses y jornales por tres; 4) los alimentos suministrados al deudor y su familia durante los últimos seis meses; 5) los créditos a favor del fisco y de las municipalidades por impuestos públicos. No debemos olvidar lo predicado en el Código Penal en el art. 30, por el cual se otorga privilegio al crédito que surge del delito —daños y perjuicios, gastos causídicos y de justicia—; c) *sobre ciertos muebles*: diversos casos: el del locador, quien ejercía el privilegio sobre muebles que se encuentren en la casa o hacienda de manera permanente para ser vendidos o consumidos; el posadero que tenía privilegio sobre los efectos introducidos en la

posada hasta que se le pague lo que se debía por alojamiento; el acarreador gozaba de privilegio sobre los efectos transportados por el importe del transporte y gastos; lo debido por semillas y gastos de cosechas; el acreedor prendario; el artesano y obrero tenían privilegio por el precio de la obra de mano; el conservador por los gastos de conservación, no por simples mejoras; y el vendedor de cosas muebles no pagadas gozaba de privilegio por el precio sobre el valor de la cosa vendida y no pagada que se encuentre en poder del deudor o si se revendió y aún no se pagó; d) *sobre ciertos inmuebles*: el art. 3923 contemplaba el privilegio del vendedor sobre el precio, quien podía reivindicar el inmueble frente al comprador o un tercero; también gozaba de este privilegio el que prestó dinero para la compra; a su turno, los coherederos y copartícipes que han dividido una masa de bienes gozaban de privilegio por la garantía de la coparticipación, licitación o adjudicación; el donante tenía privilegio sobre el inmueble donado por las cargas impuestas al donatario; los arquitectos, empresarios, albañiles, los que prestaron dinero y materiales para ese fin, tenían privilegio sobre el edificio, o la obra construida o reparada (arts. 3931/3933); el acreedor hipotecario tenía un auténtico derecho real de garantía (con los consecuentes *ius persecuendi* e *ius preferendi*) y podía intimar al tercer adquirente a que abandone el inmueble, pague el crédito, o soporte la ejecución.

En la legislación concursal debemos citar al art. 241, el cual dice: "Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: 1) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos. 2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación. 3) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos. 4) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, *warrant* y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante. 5) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el art. 3943 del Cód. Civil. 6) Los créditos indicados en el título III del capítulo IV de la ley 20.094, en el título IV del capítulo VII del Cód. Aeronáutico (ley 17.285), los del art. 53 de la ley 21.526, los de los arts. 118 y 160 de la ley 17.418".

Por otra parte, en una forma muy parecida a la del Código actual, en el Proyecto de 1998 se establecía en el art. 2522 que "Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indican: a)

Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que son de propiedad del deudor. b) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, incluido el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal, sobre la cosa, mientras se encuentre en poder del deudor por cuya cuenta se hicieron los gastos. c) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos. d) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre éstas o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla. e) Los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, *warrant* y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante. f) Los privilegios creados en la Ley de Navegación, en el Código Aeronáutico, en la Ley de Entidades Financieras y en la Ley de Seguros".

II. COMENTARIO

1. Como dije con antelación, el presente Código deriva los privilegios generales al régimen concursal, por ello sólo se ocupa de los especiales. Dichos privilegios especiales sólo se harán valer en las ejecuciones individuales —normalmente mediante tercerías de mejor derecho—, pues las colectivas caen en el mentado ámbito concursal.

Lógicamente, frente a la situación de concurso o quiebras del deudor, se aplicará la ley que regula los concursos, aun respecto de los privilegios especiales (Mariani de Vidal).

La armonía y unificación buscada en esta materia radica precisamente en la analogía que existe entre la disposición objeto de comentario con la ley concursal (art. 241). Claro que de esta forma se eliminaron algunos privilegios que contenía el Código de Vélez, tales como el del vendedor de inmuebles, el de los copartícipes por la garantía de evicción, el del locador, etc. Esta limitación del número es positiva. No debe olvidarse que "la permanente multiplicación de los créditos privilegiados llega a veces a tales extremos que nadie es privilegiado, pues siéndolo todos, de hecho se vuelve a la situación de igualdad" (Kemelmajer de Carlucci).

Sin dudas que mayor unificación hubiera representado incorporar un precepto similar al contenido en el art. 3884 del Proyecto de Código Civil y Comercial unificado de 1987, el cual disponía la eliminación de los privilegios establecidos por leyes especiales, excepto los contemplados en la Ley de Navegación, Código Aeronáutico, Ley de Entidades Financieras, Ley de Seguros y Código de Minería. "Una norma en tal sentido hubiera acentuado el camino hacia la unificación, disipando dudas

que hoy se generan respecto de los privilegios creados por leyes especiales y que conspiran contra la claridad del régimen" (Mariani de Vidal).

2. Como puede apreciarse, son seis los incisos que contiene la norma analizada. El primero se refiere al privilegio comúnmente denominado del *conservador*. Su asiento es la cosa conservada, sea inmueble o mueble. También se incluye en el inc. a) al crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal, crédito que si bien no aparece mencionado en forma expresa en la legislación concursal, la doctrina y jurisprudencia lo consideraban incluido.

Por otro lado, comulgo con el parecer de Mariani de Vidal, en el sentido de que también quedan incluidos en el privilegio del *conservador*, los créditos por expensas en los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos —club de campos, barrios cerrados, parques industriales, empresariales o náuticos y cualquier otro emprendimiento urbanístico (regulados en este Código en los arts. 2073 a 2086)—, aun en la hipótesis de que no se sujeten al régimen de propiedad horizontal.

También se debe incluir a los gastos del sistema en el tiempo compartido (ver art. 2995, inc. d), y 2098 del presente Código), y la cuota del servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio privado (art. 2108, inc. b).

Acertadamente ha señalado Llambías que estas inclusiones no implican la creación de privilegios por vía analógica, sino una mera interpretación conforme a las reglas comunes de hermenéutica en la materia, que ciertos créditos por su naturaleza encuadran en y se hayan cubiertos por el privilegio ya establecido por la ley, más allá de su estricta literalidad (Llambías, Fernández, Mariani de Vidal).

3. El inc. b) le otorga el carácter de privilegiados a ciertos créditos debidos al trabajador y determina cuál será su asiento (mercaderías, materias primas y maquinarias).

Como puede apreciarse, esta norma guarda analogía con el art. 241, inc. 2º, del régimen concursal, despejando el galimatías consagrado en el art. 268 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ante ello Mariani de Vidal se pregunta si el régimen de privilegios que contiene la Ley de Contrato de Trabajo subsistirá en caso de ser sancionado el Proyecto —hoy Código—, atento a que no se propone en éste la expresa derogación de aquél; a lo cual respondo que el régimen de privilegios que contiene la Ley de Contratos de Trabajo debe entenderse derogado tácitamente por esta nueva regulación legal. Al menos no tendrá validez dicho régimen laboral en todo lo que se oponga al presente Código, ley posterior.

4. El tercer inciso coincide con el art. 241, inc. 3º, de la ley concursal, con la inclusión expresa a la contribución de mejoras, lo cual mejora el sistema al disipar las dudas planteadas sobre si constituían, o no, créditos privilegiados.

5. El crédito del retenedor está consagrado en el inc. d), el cual coincide con el art. 241, inc. 4º, de la ley 24.522, dando fin a la polémica generada en torno al art. 3946 del Código de Vélez reformado por ley 17.711.

6. El inc. e) es coincidente con el art. 241, inc. 4º, de la ley concursal. La novedad es que se concede un privilegio al acreedor anticresista, privilegio que no lo tenía consagrado ni el Código Civil de Vélez, ni la ley de Concursos y Quiebras y que, sin embargo, había sido juzgado pertinente por la doctrina (Mariani de Vidal).

7. El último inciso se corresponde con el art. 241, inc. 6º, de la ley concursal. Debido a sus particularidades, estos privilegios se dejan librados a su propia legislación.

III. JURISPRUDENCIA

1. La obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de las expensas, sigue siempre el dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del art. 3266 del Cód. Civil, aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición; asimismo dicho crédito, goza del privilegio y derechos previstos en los arts. 3901 —referidos a gastos de conservación— y 2686 del Cód. Civil (art. 17 de la ley 13.512). Es más, ningún propietario puede liberarse de esa obligación por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono de su unidad, declarándose no operativa en estos casos la previsión del art. 2685 *in fine* del Cód. Civil (v. art. 18 de la mencionada norma) (del Dictamen del Procurador Fiscal, que el Tribunal comparte) (CSJN, 12/2/2002, LA LEY 7/1/2003, ED, 197-459).

2. Sea por las cláusulas de estabilización autorizadas para las hipotecas por la ley 21.309, sea con los efectos que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido a la mora, responsabilizando al deudor por los daños que ocasiona la depreciación monetaria al acreedor en una ejecución hipotecaria fuera de toda problemática concursal o de falencia, el acreedor debe percibir su crédito actualizado y si esto es fuera del marco concursal, también debe serlo dentro de éste en virtud de tener en las quiebras el privilegio de acreedor hipotecario, la extensión prevista en los respectivos ordenamientos (CSJN, 12/11/1981, LA LEY, 1982-B, 450, ED 97-778).

Art. 2583. — Extensión. Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, excepto en los siguientes casos:

a) los intereses por dos años contados a partir de la mora, de los créditos laborales mencionados en el inc. b) del art. 2582;

b) los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inc. e) del art. 2582;

c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incs. b) y e) del art. 2582;

d) los créditos mencionados en el inc. f) del art. 2582, cuya extensión se rige por los respectivos ordenamientos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo no tiene una correlación directa con el Código Civil de Vélez. Sólo constatamos vinculaciones parciales, como por ejemplo con los arts. 3936 y 3937, que se refieren a la hipoteca.

Respecto de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, la relación directa es con el art. 242, el que determina que "Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio: 1) Los intereses por dos años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inc. 2º del art. 241. 2) Las costas, todos los intereses por dos años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inc. 4º del art. 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden. El privilegio reconocido a los créditos previstos en el inc. 6º del art. 241 tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos".

Por otra parte, esta disposición encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. Pero también hay diferencias considerables con el mentado Proyecto. Éste determinaba en su art. 2523 que "Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran: a) Los intereses por dos (2) años, contados a partir de la mora, de los créditos laborales mencionados en el inc. a) del artículo

anterior. b) Los créditos mencionados en el inc. f) del mismo artículo, cuya extensión se rige por los respectivos ordenamientos”.

II. COMENTARIO

1. Como dije al comentar el art. 2577, con el cual se relaciona el presente, los privilegios al tener carácter excepcional, no se deben extender a los intereses ni a las costas. Tampoco se extienden a otros accesorios del crédito. Vale decir que siendo los privilegios de derecho estricto — como diría Vélez—, los mismos no son susceptibles de extenderse. Se veda en esta materia, entonces, la aplicación analógica a supuestos no contemplados. Además, los mismos se extienden exclusivamente al capital del crédito.

Claro que esta regla será así, salvo que la ley disponga algo distinto. Y como puede apreciarse en este artículo, hay cuatro situaciones excepcionales amparadas por el privilegio del crédito al que acceden, o del que provienen.

En la legislación proyectada en el año 1998 sólo se consagraban dos excepciones, dejando de lado a los intereses por dos años anteriores a la ejecución y los que corran en el juicio, correspondientes a los créditos con garantías reales (art. 2582, inc. e); y a las costas correspondientes a los créditos enumerados precisamente en los incs. b) —créditos laborales— y e) —garantías reales— del art. 2582. Ahora, tanto los *intereses* —por dos años y bajo esas directivas— de los créditos laborales y de las garantías reales, cuanto las *costas* correspondientes a dichos créditos, gozan del carácter preferencial que conlleva el privilegio.

III. JURISPRUDENCIA

La falencia del deudor no altera ni disminuye la extensión del crédito hipotecario, como es el derecho a cobrar intereses, con la sola limitación que impone el art. 3936 del Cód. Civil y sin necesidad de esperar las results del concurso general (art. 3938; íd.), régimen este que en lo sustancial armoniza con las disposiciones específicas de la ley concursal (art. 133) (CSJN, 12/11/1981, LA LEY, 1982-B, 450, ED 97-778).

Art. 2584. — Subrogación real. El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo no mantiene una relación directa con el derogado Código Civil, pues no existe disposición análoga en el Código de Vélez.

En cambio, sí encuentra concordancias en la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, cuyo art. 245 establece que “El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 246 inc. 1º”.

Por otra parte, esta disposición encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. Sólo insensibles giros semánticos los diferencian. En efecto, en aquel Proyecto, en el art. 2521, se establecía que “El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recae, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real”.

II. COMENTARIO

1. Este artículo va a tener una aplicación práctica considerable. Es positivo que expresamente se haya previsto la subrogación real, cuestión respecto de la cual el anterior Código guardaba silencio.

Hay que advertir que el privilegio se trasladará “sobre los importes y no sobre las cosas que sustituyan al asiento originario, diluyéndose así dudas generadas en punto a esta última situación” (Mariani de Vidal).

Art. 2585. — Reserva de gastos. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización.

En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y CON LA LEY 24.522 DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo mantiene una relación directa con el art. 3900 del Código Civil de Vélez, el que establecía que "Los gastos de justicia son preferidos a todos los créditos, en el interés de los cuales se han causado". Si bien dicho artículo está consagrado en el capítulo correspondiente al orden de los privilegios sobre los bienes muebles, no puede negarse su vocación de universalidad. Además, puede verse la nota que realiza el codificador al art. 3879 del mencionado cuerpo normativo.

Y también encuentra concordancias en la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, cuyo art. 244 establece que "Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso".

También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes". Por cierto que existe, además, cierta relación indirecta con el art. 240 de la mentada ley concursal, pero dicha norma se refiere a los créditos causados respecto de los bienes del concursado en el trámite del concurso, y no a los privilegios especiales como los que aquí se están analizando.

Por otra parte, esta disposición también encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998.

En efecto, en aquel Proyecto, en el art. 2524, se establecía que "Antes de pagar a los acreedores con privilegio especial, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. También debe calcularse una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los profesionales que han intervenido en el juicio y que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes".

II. COMENTARIO

1. Cuando expliqué el alcance de la *extensión* de los privilegios, dije que los mismos al ser de carácter excepcional, eran restrictivos y que no se extendían ni a los intereses, ni a las costas. Pero también se aclaró que ello era así a no ser que la ley disponga lo contrario. Ya pasé dehida nota de algunas excepciones legales aplicables a los créditos laborales y a los que provienen de la ejecución de garantías reales.

Ahora quepa aclarar que antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, se deben reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. La ley y la doctrina llaman a esta situación como una *reserva de gastos*.

En cuanto a las costas, hay que decir que si bien no gozan en general de una situación preferente —art. 2577—, sí tienen ese carácter solamente respecto del crédito que han beneficiado. Por ello es que también gozan de privilegio estos denominados *gastos de justicia*.

Art. 2586. — Conflicto entre los acreedores con privilegio especial. Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta de los incisos del art. 2582, excepto los siguientes supuestos:

- a) los créditos mencionados en el inc. f) del art. 2582 tienen el orden previsto en sus respectivos ordenamientos;
- b) el crédito del retenedor prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comienza a ser ejercida antes de nacer los créditos privilegiados;
- c) el privilegio de los créditos con garantía real prevalece sobre los créditos fiscales y el de los gastos de construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, si los créditos se devengaron con posterioridad a la constitución de la garantía;
- d) los créditos fiscales y los derivados de la construcción, mejora o conservación, incluidos los créditos por expensas comunes en la propiedad horizontal, prevalecen sobre los créditos laborales posteriores a su nacimiento;
- e) los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales devengados con posterioridad a la constitución de la garantía;
- f) si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma se relaciona en puridad con muchas disposiciones del Código de Vélez (por ejemplo, el capítulo III, arts. 3880 y ss. —respecto de los privilegios sobre muebles—; art. 3946 —para el derecho de reten-

ción—, etc.). Ya se dijo en varias oportunidades que el Código Civil de Vélez generaba un verdadero caos o laberinto jurídico —más acentuado aún con la consagración de regímenes especiales—. De hecho no existen autores que coincidan, prácticamente, en todas las soluciones propuestas por sus pares. Esta situación caótica puede resumirse así: como regla puede decirse que los privilegios especiales sobre los muebles desplazan a los privilegios sobre la generalidad de los muebles, con excepción de los del primer inciso 3880: gastos funerarios en todos los casos, y en sólo dos supuestos, además, los gastos de última enfermedad. Así que todos los demás incisos —3º, 4º y 5º— quedaban postergados ante los privilegios sobre ciertos muebles, o sea los especiales.

Por otro lado es muy difícil determinar el *rango* de cada privilegio, puesto que no existen reglas absolutas. Sólo comparando unos artículos con otros (unos privilegios con otros y sus circunstancias) es la única manera de obtener una solución para cada caso particular. Por ejemplo, en la prenda, normalmente se establece este orden: gastos de justicia, funerarios, de última enfermedad y acreedor prendario; otras se suma el conservador si sabía el acreedor prendario de estos gastos precedentes.

En cuanto a los *privilegios iguales* puede establecerse algunas reglas en ese difícil tema: 1) a diferencia de lo que sucede con los derechos reales, en cuanto a los privilegios no hay una prioridad fundada en el tiempo; 2) tratándose de situaciones análogas, están en mejor posición los que tienen las cosas afectadas al privilegio respectivo que los otros acreedores que cuentan con un privilegio análogo —ello amén de poder hacer uso del derecho de retención, si correspondiere—; y 3) como última solución, se establece la primitiva regla de la prorrata si los privilegios son de igual condición (art. 3882).

Como se observa resumidamente, el Código de Vélez generaba un verdadero dilema que cada operador jurídico resolvía en forma distinta y como podía.

Por otra parte, también señalé que para solucionar dicho laberinto, este nuevo Código había tomado como referente la legislación concursal, a la cual siguió sus pasos, al menos en forma parcial. En este aspecto dice el art. 243 de la ley 24.522 que "Los privilegios especiales tienen la prelación que resultan del orden de sus incisos, salvo: 1) En los casos de los incs. 4º y 6º del art. 241, en que rigen los respectivos ordenamientos. 2) El crédito de quien ejercía derecho de retención prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados. Si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata".

Respecto de dicha legislación concursal se puede concluir que ante un conflicto de acreedores munidos de privilegios —no sólo de los es-

peciales— se establece estas reglas: 1) en primer lugar se encuentran los acreedores con *privilegios especiales* —art. 241— (con reserva de gastos de conservación custodia, administración y realización del bien y honorarios de funcionarios del concurso, art. 244); 2) luego percibirán sus créditos los *acreedores del concurso* o de la masa (art. 240); 3) finalmente se encuentran los créditos contra el fallido con *privilegio general*, pero sólo en un 50%, puesto que la otra mitad concurre con los acreedores quirografarios en un pie de igualdad (art. 246).

A su turno, esta disposición encuentra como fuente inmediata al Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998. Este Proyecto establecía en su art. 2525 que "Los privilegios especiales tienen la prelación que resultan del orden de sus incisos, salvo los siguientes supuestos: a) El crédito del retenedor prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados. b) Los créditos mencionados en el art. 2522 incs. e) y f) tienen, en principio el orden previsto en sus respectivos ordenamientos, con el siguiente alcance: I. El privilegio especial de los créditos fiscales y el de los gastos de conservación, incluidos los créditos por expensas comunes, ceden ante los créditos con garantía real, si se devengaron con posterioridad a la constitución de la garantía. II. Los créditos con garantía real prevalecen sobre los créditos laborales. III. Si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata".

II. COMENTARIO

1. Esta norma también es básica en la materia. Por un lado debemos recordar que este nuevo Código se ocupa sólo de los privilegios especiales. Por otro hay que tener presente la enumeración de dichos privilegios especiales que la realiza el art. 2582. Pues bien, dispone este artículo que la prelación entre los distintos acreedores munidos de privilegios especiales va a resultar del orden que realiza la mentada disposición, como regla. También consagra sus excepciones.

Queda claro que los privilegios regulados por leyes especiales se regirán por sus respectivos ordenamientos (art. 2586, inc. a)). También y principalmente, en caso de conflictos.

Reitero que la regla en esta sensible materia está determinada en el orden establecido en el art. 2582 y existe una remisión expresa en tal sentido; mientras que las excepciones se fundan en una cuestión temporal. Se hizo plena aplicación, en estos casos de conflictos, del principio *prior in tempore, potior in iure*.

Por último, es claro que si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, volvemos a la regla universal de

liquidación a prorrata, ya que desaparece, por así decirlo, la situación de preferencia generada por el privilegio.

III. JURISPRUDENCIA

El art. 39 de la ley 13.577 —en el texto de la ley 20.324— dispone que los inmuebles que "...adeuden servicios, multas y cualquier otra suma de acuerdo con las disposiciones de esta ley, quedarán afectados al pago de la deuda hasta su cancelación"; contando estos créditos con el privilegio establecido en los arts. 3879, inc. 2º, y 3880, inc. 5º, del Cód. Civil, el que primará —dice también— sobre los créditos hipotecarios posteriores a la prestación de los servicios (v., además, los arts. 72 y 73 de la norma *supra* citada y el precedente de Fallos 293:658) (CSJN, 21/5/2001, LA LEY, 2001-E, 423, DJ, 2001-3-297).

TÍTULO III

DERECHO DE RETENCIÓN

Por LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

Bibliografía sobre la reforma: LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., "La facultad de retención en el Proyecto de Código Civil", *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Buenos Aires, 2012; *id.*, "Derecho de retención", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012; *id.*, "El derecho de retención en el Proyecto de Códign. Avances y retrocesos", LA LEY, 21/8/2013, 1; LA LEY, 2013-D, 1272; AR/DOC/2481/2013).

Bibliografía clásica: ACUÑA ANZORENA, ARTURO, *El derecho de retención en el Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1929; BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, PABLO, *El derecho de retención en el Código Civil español*, Madrid 1955; *id.*, *El derecho de retención*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1952; BIONDI, BIONDO, *Las bienes*, Barcelona, 1961; CARAVELLI, CASIMIRO, *Teoría della compensazione e diritto di ritenzione*, Milano, 1940; CARBONELL, JOSÉ F., "Aspectos del derecho de retención", *Revista del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Tucumán*, Tucumán 1963; CASTAÑEDA, JORGE E., "El derecho de retención", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, 1948; GIORGI, GIORGIO, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, 1909; HUC, THÉOPHILE, *Commentaire, théorique et pratique du Code Civil*, Paris, Pichon, 1894; LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F. P., "El derecho de retención: su aplicación y las relaciones reales que en él se establecen", ED 50-276; *id.*, "El derecho de retención anómala del locatario de inmueble", LA LEY, 1977-C-907; *id.*, *Derecho de retención*, Buenos Aires, 1991; *id.*, "El derecho de retención. Algunos caracteres. A propósito del avión presidencial Tango 03", LA LEY, 2002-D, 1159; *id.*, "Notas sobre el derecho de retención", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, 2011; LÓPEZ DE HARO, CARLOS, *El derecho de retención*, Madrid, 1921; MALICKI, ANAHÍ, "El cadáver", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.), *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, 1987; MEDEIROS DA FONSECA, ARNOLDO, *Direito de retenção*, Rio de Janeiro 1957; SCAPEL, CHRISTIAN, "Le droit de rétention en droit positif", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, jul.-sep., Paris 1981; SPOTA, ALBERTO G., "La sustitución del derecho de retención por una hipoteca", JA, 1943-II-431, nro. 4; *id.*, "Sustitución del derecho de retención", JA, 1953-III-358, nro. 5 b; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Tres aspectos del nuevo régimen del derecho de retención", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*,

1978, nro. 120; VÁSQUEZ, *Derecho de retención*, Buenos Aires, 1962; VENEGAS RODRÍGUEZ, RUBÉN, *El derecho de retención*, Santiago de Chile, 1940; VINNIO, ARNOLDO, *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, Barcelona, 1867; WEILL, ALEX, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 1979.

Art. 2587. — Legitimación. Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa.

Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos. Carece de ella quien la recibe en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código Civil de Vélez Sarsfield la retención está regulada en los siete artículos que median entre los arts. 3939 a 3946, pero sus principios se repiten en múltiples casos singulares a lo largo de todo el Código, lo que en algún momento generó dudas sobre si la mera existencia de reglas generales permitía la aplicación del instituto a supuestos no enunciados especialmente.

Cabe destacar que ese defecto de técnica legislativa es harto perdonable considerando que el de Vélez Sarsfield fue el primer código en el mundo en elaborar una teoría integral del instituto.

El Código Civil recientemente sancionado trata el instituto en los arts. 2587 a 2593 y no autoriza casos autónomos de retención, excepto el error cometido en el art. 1226 referido a la locación en el que en vez de referirse a los frutos naturales —punto que no tiene ninguna trascendencia económica— debió hacerlo con los provechos espontáneos, tal el uso del inmueble retenido.

Fuentes: lo previsto en el art. 2587 del Código se corresponde con el art. 2526 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina, que a su vez recibió lo dispuesto por Vélez Sarsfield en los arts. 3939, 3940, 2428, 2466.

II. COMENTARIO

1. Legitimación activa amplia

El artículo propuesto resuelve el debate sobre si sólo debe reconocerse la facultad de retención en los supuestos expresamente considerados por el legislador, o si, por el contrario, por ser un principio general del derecho privado, debe reconocerse con carácter amplio y extenderse a toda situación que presente características análogas a los casos admitidos por el Código vigente.

El problema que se suscitó desde hace siglos, como se advierte en el *Comentario a las Pandectas* de Johannes Voet, continúa en las legislaciones que carecen de una parte general sobre el instituto, como sucede en España, Francia e Italia.

En alguna de éstas, sin embargo, se ha resuelto la cuestión negando la extensión mediante la sanción de un texto legal. Así, el art. 2392, inc. 2º, del Cód. Civil de Chile, y art. 2301, párr. 2º, del Cód. Civil de Uruguay.

Estar por la postura extensiva, en los países que carecen de parte general sobre el derecho de retención, y de texto expreso negatorio de la extensión analógica, importa tanto como incorporarse a una corriente doctrinaria tendiente a crear esa parte sistemática por vía de generalización de los casos admitidos. Exactamente es la situación de Caravelli, que con anterioridad al Código Civil italiano de 1942 reclamaba la sanción de una parte orgánica para el derecho de retención, citando a los Códigos suizo, japonés, alemán y argentino.

Se distingue dos enfoques sobre este tema: una postura de taxatividad extrema y una corriente de extensión analógica (V. Leiva Fernández).

La corriente de taxatividad extrema se sustenta en: a) la ausencia de una norma en un cuerpo codificado; b) en que lesionaría el derecho de propiedad; c) supondría legitimar casos de justicia privada; d) sería un instituto que frena la circulación de la riqueza; e) por ser de naturaleza jurídica real sólo podría ser creado por la ley; f) por constituir un privilegio sólo podría ser creado por la ley.

Todas estas razones son refutables porque: a) el derecho romano sólo proveyó soluciones singulares; b) el derecho de propiedad ampara también al crédito del retenedor; c) la defensa privada no implica justicia privada y paralela; d) la actitud del deudor es la que obsta a la circulación de la riqueza; e) la facultad de retención no tiene naturaleza de derecho real ni es un privilegio (Leiva Fernández).

A su vez, la corriente que afirma la extensión analógica que prevalece, reúne múltiples enfoques o criterios: a) criterio extensivo por ejerci-

cio de una facultad judicial; b) criterio extensivo de Aubry y Rau, a partir de la voluntad presunta de las partes; c) criterio extensivo a partir de la conexión entre el crédito y la cosa retenida (o de conexidad objetiva); d) criterio extensivo con dispensa de conexidad (o de conexidad subjetiva); e) criterio extensivo a partir de la equidad.

El derecho argentino recepta el criterio extensivo por conexidad objetiva relativizada, tanto en el Código de Vélez —en el art. 3940 y su nota— como en el art. 2587 del Código vigente.

Para que proceda la extensión analógica sólo es requerible que exista una conexidad objetiva, entre la cosa que se retiene y el crédito que se garantiza, cualquiera que sea la causa de nacimiento de esta obligación.

El Código recientemente promulgado enfrenta ese debate y, por un lado, elimina los supuestos particulares de retención que el Código Civil de Vélez tenía diseminados por todo su articulado y, por otro, soluciona el tema optando claramente por la postura de extensión.

Para ello utiliza la palabra “todo”, que en técnica legislativa debería suprimirse por innecesaria (Leiva Fernández, *Fundamentos de técnica legislativa*). Sin embargo, introduce en este artículo para zanjar el tema que alguna vez dividió a la doctrina en torno a si se reconoce la facultad de retener a cualquier acreedor o sólo a los casos singularmente previstos.

La legitimación es hoy tan amplia como corresponde a una garantía legal, no pactada por las partes.

2. Exigencia de *debitum cum re iunctum*

Se mantiene el requisito del *debitum cum re iunctum*, que exige la concurrencia de una conexidad objetiva relativizada. Relativizada porque el crédito puede estar vinculado no sólo a la cosa sino también con la *tenencia de la cosa* (v.gr., por daños causados por la cosa) (Leiva Fernández).

Es lo que en el Código de Vélez resultaba del art. 3940 del Cód. Civil al requerirse que haya “deuda aneja a la cosa”, y del art. 3939 del mismo cuerpo legal, que exigía que la deuda sea “por razón de esa misma cosa”, y de su nota al mismo artículo, que expresaba “por razón de la cosa misma” (Leiva Fernández).

Esta regla contenida hoy en el art. 2587 del Código ahora vigente, y la eliminación de los casos singulares viene a solucionar las dudas que planteaba el instituto en el art. 1956 del Código Civil de Vélez, referido al mandatario que en algún momento llevó a que se sostenga que en ese supuesto bastaba la mera conexidad objetiva como entendía Arturo Acuña Anzorena.

3. Relación real requerida para el ejercicio de la retención

La relación real —que el nuevo Código pasó a denominar relación de poder— que ejerce el sujeto legitimado sobre la cosa retenida es de tenencia aunque exprese “detentación”, palabra que suele reservarse para el ámbito de la ilicitud.

El Código ahora vigente prescribe —lo que no estaba en la propuesta originaria que me tocó asumir— que sólo se habilita el ejercicio de la facultad de retención a quien estableció su relación real con la cosa por medios que no sean ilícitos. El concepto es correcto, ningún apropiador ilegítimo puede usar el fruto de su acto ilícito para garantizar el cumplimiento de derecho alguno.

Sin embargo, hubiese sido preferible que se expresase en sentido positivo (que sean lícitos) y no negativo (que no sean ilícitos).

4. Sujetos a los que se niega legitimación activa

El Código Civil y Comercial ratifica la prohibición de ejercer la facultad de retención en los casos de contratos a título gratuito que se generalizó a partir de lo dispuesto en el art. 2278 del Código Civil de Vélez, para el comodatario, a quien se vedaba retener la cosa en comodato aunque sea en razón de expensas de la cosa.

Finalmente, el nuevo Código hace salvedad del supuesto en que el comodato sea establecido en interés del otro contratante.

III. JURISPRUDENCIA

1. La inexistencia de una deuda cierta y exigible impide al tenedor de un inmueble retenerlo (C7ª Civ. y Com. Córdoba, 7/5/2013, LLC 2013 [septiembre], 862, AR/JUR/21500/2013).

2. Quien se apoderó de la maquinaria sembradora del deudor no tiene derecho de retención (CCiv. y Com. Azul, sala I, 15/11/2012, LLBA 2012 [diciembre], 1239, RCyS 2013-I, 253, AR/JUR/59230/2012).

3. La deuda por la que se retiene debe ser exigible (CNCiv., sala B, 13/5/1979, ED, 84-685).

4. Cabe la invocación del derecho de retención por el demandado en un juicio de desalojo (CCiv. y Com. Trab. y Contenciosoadministrativo Villa Dolores, 19/9/2011, LLC 2012 [marzo], 230, AR/JUR/70222/2011).

5. Debe rechazarse la pretensión del incidentista de ejercer derecho de retención sobre el inmueble de la fallida y la medida cautelar solicitada en relación a dicho bien, en tanto que aquél, no ha alegado tener

un crédito contra la fallida sino que intenta con su planteo mantenerse explotando su actividad en el inmueble de éstas en los términos del contrato de locación que los unió, de modo que al no existir crédito alguno, no puede ejercer el derecho de retención que intenta oponer a esta quiebra y al acreedor hipotecario (CNCCom., sala A, 14/12/2009, AR/JUR/65228/2009).

6. Debe revocarse la sentencia que hizo lugar a la demanda de desalojo en tanto los demandados carecen de legitimación pasiva, ya que no detentan el inmueble en forma ilegítima en virtud de existir a su favor una decisión judicial que hizo lugar a una medida de no innovar y ordenó mantener el *statu quo* existente, en base al derecho de retención ejercido por aquéllos hasta tanto fuera satisfecho el costo de ciertas obras realizadas en el bien (C. Civ. y Com. Jujuy, sala I, 12/8/2009, LLNOA 2009 [diciembre], 1059, AR/JUR/35202/2009).

7. En el marco de un juicio por desalojo, corresponde revocar la sentencia de grado en tanto hizo lugar al derecho de retención invocada por el demandado, pues, si bien la prueba aportada a la causa permite tener por cierta la existencia de mejoras en el inmueble rural, ello no implica la ocurrencia de un crédito cierto y exigible en cabeza del tenedor, máxime cuando no detalló de manera precisa las mejoras que dice haber realizado, ni acreditó los gastos en que hubiese incurrido, o en qué medida éstos acrecentaron el valor de la propiedad (C. 2ª Civ. y Com. Minas Paz y Trib. San Rafael, 11/6/2009, LLGran Cuyo 2009 [octubre], 894, AR/JUR/18473/2009).

8. Es la forma más simple de las garantías (CNCiv., sala F, 15/10/1980, ED, 93-587; CNCiv., sala C, 15/3/1990, id., sala G, 17/2/1997, LA LEY, 1998-E, 782).

Art. 2588. — Cosa retenida. Toda cosa que esté en el comercio puede ser retenida, siempre que deba restituirse y sea embargable según la legislación pertinente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Recibe lo dispuesto en el art. 3939 con modificaciones y en el art. 3941 del Código Civil de Vélez.

Fuentes: la norma transcrita se corresponde con el art. 2527 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina, que a su vez proviene de los artículos citados del Código Civil de Vélez.

Conserva la regla del agregado hecho por la ley 12.296 al art. 3878 del Código Civil.

II. COMENTARIO

I. Sólo las cosas pueden ser objeto de la retención. No hay retención de prestaciones

Por vía de mención expresa de la cosa, a semejanza del art. 3939 del Código de Vélez, se propone excluir del derecho argentino la retención de bienes que no sean cosas, y en particular la "retención de prestaciones" a las que se refiere el art. 273 del BGB.

La solución es congruente con el resto de nuestro sistema, porque la relación real de tenencia sólo puede ejercerse sobre cosas.

No constituían, por lo tanto, supuestos de retención los de los arts. 1518 y 1840 del Código Civil de Vélez, en los que se utiliza la palabra "retener" como equivalente de descontar o deducir.

Deben excluirse los inmuebles por accesión material porque no pueden retenerse en forma autónoma, sino que habría que hacerlo respecto de la cosa principal, sobre la que no se puede ejercer la facultad. Por ejemplo, mal podría retener un locador de obra un árbol que ha podado en terreno del deudor, porque al ser inseparable del terreno no puede tenerse sin hacerlo con el terreno, y su facultad —por falta de *debitum cum re iunctum*— no es extensible al inmueble por su naturaleza (Leiva Fernández).

Aunque la postura ampliamente mayoritaria limita el ejercicio de la retención a las cosas, existen algunas opiniones divergentes: Planiol y Ripert admiten la retención de prestaciones o servicios de toda clase, por ejemplo, pago del precio o inicio del disfrute; Albadalejo, en España, considera que "no hay obstáculo en admitir lo que podríamos llamar retención de prestación", aunque luego reconoce que "tal figura no se establece por nuestra ley en general"; Castañeda sostiene la retención de toda clase de bienes, en razón de que la ley no distingue, es decir, créditos, valores, lo que —en fin— suele denominarse impropriadamente como "cosas incorporales"; cabe destacar que luego de esa opinión el vigente Código del Perú de 1984 mantiene similar base legislativa, pues el art. 1123, al dar el concepto de retención, se refiere a bienes, mientras que los arts. 885 y 886 bajo el título "Clases de bienes" comprende tanto a las cosas como a los bienes en sentido estricto.

En nuestro país, Bibiloni, Llambías, Borda y Spota admiten —*contra legem*— la retención de prestaciones.

El Anteproyecto Bibiloni se inclinó por el sistema de retención de prestaciones de origen alemán, luego abandonado en el Proyecto de 1936.

Borda consideró que la retención puede recaer sobre cosas corporales o incorporeales, aunque cita como ejemplos de retención de cosas incorporeales la de títulos de propiedad y otros documentos (planos de edificio) que son cosas.

Llambías incurre en un error semejante. Sin embargo, debe señalarse que el art. 868 del Anteproyecto de 1954 —cuya elaboración dirigió— destaca claramente que la retención sólo puede ser de cosas.

Sólo son cosas las actuales, las ya existentes. Las cosas futuras sólo son bienes (Beltrán de Heredia de Onís).

2. No hay retención de personas

Obviamente las personas no son cosas ni bienes. Sin embargo —como curiosidad—, se recuerda el intento de convalidar ante un tribunal francés el ejercicio de la facultad de retención sobre un niño por las pensiones originadas por su estadía en un colegio, lo que se desestimó, porque la libertad de las personas es un derecho personalísimo y no un bien de contenido patrimonial (Leiva Fernández).

3. No hay retención de cadáveres

Los cadáveres no son personas. Son cosas *extra commercium*. Por ese motivo se rechazó su ejercicio por una empresa de pompas fúnebres, por un tribunal francés, y también en Antofagasta, Chile (Medeiros da Fonseca; Scapel; Venegas Rodríguez; Weill; Leiva Fernández).

Si bien la Ley 15 del Título XIII de la Partida 1ª y la Ley 13, Título IX, de la Partida 7ª, prohibían retener el cadáver del deudor por razón de la deuda, tal situación difiere de los casos enunciados, ya que en esta hipótesis el deudor era el causante, mientras que en los casos de jurisprudencia ya citados el deudor era el heredero, a causa del cadáver.

Sin embargo, es sabido que, aunque los cadáveres o sus partes (esqueleto, cráneo, etc.) no pueden ser objeto de actos jurídicos patrimoniales a título oneroso, conforme lo dispone la ley 21.953, bajo determinadas circunstancias —v.gr., tratándose de cadáveres abandonados—, no se advierte objeción alguna para que puedan retenerse ya que se habría alterado la naturaleza de la cosa (Biondi, Biondo).

4. La cosa retenida puede ser ajena o propia del retenedor

Por regla, la retención se ejerce sobre cosa ajena entregada por el que luego será deudor al futuro acreedor. Ésa es la generalidad de los casos que se refleja en la letra del art. 3939 del Código Civil de Vélez.

Con mejor enfoque, el art. 2588 del Código Civil y Comercial, omite, con acierto, que la cosa deba ser ajena.

En realidad, nada tiene que ver la propiedad de la cosa con la calidad de deudor, pues el deudor puede no ser el dueño de la cosa. Incluso más, el retenedor puede ser parcialmente dueño de la cosa, como el caso del condómino.

El deudor pudo haber entregado una cosa ajena de propiedad de un tercero al futuro acreedor, e incluso una cosa del propio mismo acreedor que luego ejercerá la retención.

"He aquí un ejemplo de los varios posibles de ejercicio de la facultad de retención por el propietario de la cosa retenida, deudor de una obligación de restituir. Una persona da en locación una cosa mueble de su dominio; el locatario debe efectuar a la cosa una mejora locativa —es decir una reparación que está a su cargo—, y en vez de contratar a un tercero para efectuarla, contrata como locador de obra (para repararla) a quien mejor la conoce, es decir a su propietario. Si el locatario pagase la reparación, el propietario debería restituírsela para que continúe su uso y goce. Como el locatario de obra no le paga la mejora locativa y la cosa está en poder del propietario (que también actúa como locador de obra), éste está facultado a retener su propia cosa hasta tanto su crédito resulte satisfecho" (Leiva Fernández, *Derecho de retención*). O el nudo propietario que toma el inmueble en locación de su usufructuario, y realiza mejoras que el locador tiene a su cargo. Si el usufructuario-locador no las paga, el nudo propietario-tenedor-locatario puede retener el inmueble, aunque la cosa es propia, porque pese a serlo tiene un crédito y la obligación de restituir la cosa al usufructuario.

5. La cosa debe ser *in commercium*

El art. 2588 del Código Civil y Comercial exige erróneamente que la cosa retenida esté en el comercio.

Ése es un requisito sin fundamento. No corresponde exigirlo por dos razones.

En primer término, porque la facultad de retención se ejerce por medio de una relación real de tenencia, no de posesión y para tener una cosa no se requiere que esté en el comercio, como sucede, v.gr., en las concesiones administrativas de bienes públicos.

En segundo término —y me parece fundamental— porque por la retención no se trata de incorporar al patrimonio del retenedor la cosa retenida, sino sólo de mantenerlo en la tenencia que ya ejerce hasta el pago de lo que le es debido en razón de la misma cosa. No está en juego

la propiedad ni puede mudar la titularidad del dominio por ejercicio de la facultad de retención

"Lo que debe estar en el comercio, entonces, no es la cosa (su propiedad), sino su tenencia, lo que sucede cuando el Estado otorga una concesión administrativa de uso o de explotación.

"Sólo si se prohíbe que una cosa sea tenida por un particular se obsta a la facultad de retenerla. No así si se impide que la cosa pase al dominio de un particular, sea por medio de un actu transmisorio del dominio, sea por vía de usucapión, porque no es ése el efecto que produce el ejercicio de la facultad de retención" (Leiva Fernández, *Derecho de retención*).

6. La cosa debe ser embargable

El Código Civil y Comercial en el artículo también exige que la cosa retenida sea embargable. Éste es otro error.

El Código Civil, en la redacción dada por la ley 12.296 al art. 3878 expresamente dispone la imposibilidad de retener los bienes que enunciaba.

En el Código vigente dicho principio surge del art. 744, que expresa: "*Bienes excluidos de la garantía común*. Quedan excluidos de la garantía prevista en el art. anterior:

- "a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos;
- "b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor;
- "c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación;
- "d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado;
- "e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales;
- "f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica;
- "g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio;
- "h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes".

Se insiste en el error, porque en la retención no se sigue ejecución alguna de la propiedad, por lo que retener no habilita subasta alguna, como sí sucede, v.gr., en el art. 898 del Código Civil suizo. Por ende, en nuestro derecho no está en juego la subsistencia del deudor, pues nada sale de su patrimonio.

Tampoco la inembargabilidad se sigue exclusivamente del carácter de cosa imprescindible para la subsistencia del deudor y su familia. Los sepulcros, v.gr., son inembargables, pero por otro motivo que no es la subsistencia del deudor.

Por fin, la "legislación pertinente" a la que se refiere el Código Civil y Comercial es la procesal, por lo que una misma cosa puede ser retenida en una Provincia y no en otra, lo que robustece su crítica.

III. JURISPRUDENCIA

1. No procede el derecho en el caso de una trabajadora doméstica que pretende retener el uso y goce de la vivienda concedida como accesorio de la relación laboral, ya que los eventuales créditos que hubiera podido corresponderle a la trabajadora no encuentran su fundamento en la "cosa", casa o habitación por ella utilizada de manera que éstos no serían debidos por razón de la "cosa" que pretende retener, sino en virtud de un contrato de trabajo disuelto (SCBA, 13/4/1983, DT 1984-A, 169, DJBA 125-437).

2. El derecho de retención no se extiende a las inversiones que no habían sido hechas en la misma cosa y, por consiguiente, le son extraños los eventuales daños y perjuicios que pudieran haber derivado del incumplimiento del contrato en cuya virtud se acciona (CNCCom, sala A, 25/4/1986, LA LEY, 1986-E, 114; DJ 1987-1, 107).

3. La relación real con la cosa debe haberse instaurado en forma lícita y con la voluntad del deudor (CNCiv., sala C, 15/3/1990, LA LEY, 1992-B, 428).

Art. 2589. — Ejercicio. El ejercicio de la retención no requiere autorización judicial ni manifestación previa del retenedor. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La innecesaridad de deducir una acción judicial para ejercer la facultad de retención no estaba expresada en el Código Civil, pero la doctrina es unánime al respecto.

Fuentes: la norma propuesta se corresponde con el art. 2528 del Proyecto de 1998 que expresa "Ejercicio. El ejercicio de la retención no requiere autorización judicial ni manifestación previa del retenedor, pero debe oponerla si es requerido para restituir."

La segunda parte proviene d) del art. 2532 del proyecto de 1998, que propuso que "La retención concluye por... d) Sustitución por otra garantía suficiente, si lo autoriza el tribunal a petición del deudor de la suma de dinero".

II. COMENTARIO

I. La retención se ejerce extrajudicialmente

El ejercicio de la retención es unilateral, sin necesidad de concurrencia de ninguna otra voluntad e incluso contra la voluntad del deudor.

No se requiere reclamo previo del acreedor, ni actividad procesal alguna, ni declaración judicial sobre el derecho que se cautela (Podetti - Guerrero Leconte).

La instauración de la acción siempre es extrajudicial y puede subsistir lejos de los estrados judiciales hasta su extinción. Sin embargo si media una acción judicial promovida para obtener la restitución de la cosa el acreedor que lo ejerce debe requerir su reconocimiento judicial por vía de excepción frente a la pretensión de restitución promovida, sea por el deudor, sea por quien invoque ser propietario o poseedor de la cosa, aunque nada adeude originalmente al retenedor.

El derecho de retención se ejerce desde que el titular de un crédito insatisfecho nacido en razón de la misma cosa continúa en su tenencia medie o no exigencia de restitución por parte de quien pretende la restitución de la cosa. Su ejercicio es *ipso jure* desde que se concurren las circunstancias que lo legitiman.

Es que el ejercicio del derecho de retención no requiere declaración alguna —menos aún una *recepticia*, como deben serlo las que informan excepciones sustanciales— y hace innecesaria la intervención del juez (Vásquez; Venegas Rodríguez, Leiva Fernández), salvo que el acreedor de la restitución haya recurrido a la ayuda jurisdiccional, en cuyo caso el retenedor deberá oponerle conforme a las reglas que regulen cada proceso (López de Haro, Leiva Fernández).

O, lo que es lo mismo, el retenedor para ejercer su retención no necesita del poder público para que se le acuerde su derecho porque ya existe de hecho; sólo concurre a los estrados judiciales para que se lo respete en caso de ser cuestionado.

Ni siquiera requiere comunicar al acreedor de la restitución de la cosa que se está ejerciendo el derecho de retención, para que pueda saber a qué atenerse en orden a pagar, garantizar, pedir sustitución, etc., como con tino lo prescribe el art. 57 del Cód. suizo de las Obligaciones, y lo exigía el art. 315 del Cód. de Comercio prusiano de 1861.

2. Puede extinguirse por sustitución judicial

El Código Civil de Vélez, con anterioridad al año 1968, permitía sustituir el derecho de retención a partir de la aplicación analógica del art. 1618 del mismo Código, que disponía el cese de la retención por el ex locatario si el locador afianzaba suficientemente el cumplimiento de su obligación.

Siguiendo esa corriente, la ley 17.711 agregó al texto originario del art. 3943 del Código Civil de Vélez, el siguiente párrafo: "El juez podrá autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente".

La segunda parte del art. 2589 del Código Civil y Comercial expresa: "El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente".

Más explícita era la previsión del inc. d) del art. 2532 del proyecto de 1998 en cuanto propuso que "La retención concluye por... d) Sustitución por otra garantía suficiente, si lo autoriza el tribunal a petición del deudor de la suma de dinero".

El tema es si la garantía por la que se sustituye la retención puede ser personal o debe ser real. A tal respecto el art. 273, párr. 3º, del BGB admite expresamente la sustitución por una caución, mientras que el art. 369 del Cód. de Comercio alemán niega la posibilidad de sustituir por una fianza. Por su parte, la doctrina francesa, con cierta crítica del sistema alemán, aunque reconoce que el antiguo derecho galo admitía la sustitución, parece inclinarse por la imposibilidad de sustituir (Huc, Leiva Fernández).

En nuestro país la jurisprudencia había admitido el depósito en calidad de embargo del crédito reclamado lo que guarda absoluta coherencia con el instituto. Advuértase que, de tal suerte, el acreedor queda igualmente garantizado, y un paso más adelante en la percepción judicial de su crédito, pues ya cuenta con un embargo sobre una suma de dinero.

No procede la sustitución si lo retenido es dinero.

También se admitió la sustitución por el embargo de la misma cosa retenida, solución que no resultó pacífica al ser analizada por la doctrina (Spota, Trigo Represas, Leiva Fernández).

Puede también sustituirse la retención por una hipoteca. Ahora bien, en este supuesto, igual que en el de prenda, como está prohibida la constitución de hipotecas judiciales —lo estaba en el art. 3115, Cód. Civil y ahora en el art. 2185 del Código Civil y Comercial—, el deudor que pretenda la sustitución deberá ofrecer el bien en garantía y prestar su total colaboración para la constitución de la hipoteca. De lo contrario el juez no podrá sustituir su actividad por la jurisdiccional.

De las objeciones dadas por Spota para la sustitución de la facultad de retención por una hipoteca, luego de las modificaciones del art. 3946 del Cód. Civil, subsiste en el Código vigente que el inmueble hipotecado puede sufrir deterioros o disminución de valor, lo que en poder del retenedor no ocurriría, a la par que la ejecución hipotecaria es susceptible de dar origen a largos procesos judiciales en los que puede haber cambios de la titularidad del dominio y la intervención de terceros poseedores. Es cierto que la constitución de la hipoteca obligaría al retenedor a litigar, casi seguramente, pero ante la laxitud del texto legal no cabe sino admitir una hipoteca como sustitutiva de la facultad de retención.

En el marco específico de la sustitución en un contrato de locación, habiendo sido aplicable el art. 1618 del Código Civil de Vélez se rechazó la pretensión de sustituir la retención por una fianza —derecho personal— aunque no cabe extender la solución.

3. Extensión de la garantía que sustituye a la retención

La garantía que sustituye a la retención no sólo asegura el cobro del capital del acreedor retenedor, sino que también cubre sus accesorios, sean intereses o costas.

4. Sustitución por garantías personales

Lo más razonable es admitir la sustitución de la retención por garantías reales, porque la retención sin ser un derecho real tiene una naturaleza real fáctica (Leiva Fernández). De tal suerte, únicamente podría reputarse suficiente a las cauciones reales y a los derechos reales de garantía que pueda ofrecer el deudor. Con ese alcance deben destacarse las previsiones del BGB, del Anteproyecto BIBILONI y del Proyecto de 1936.

Como el Código Civil y Comercial eliminó la previsión del art. 1618 del Código Civil que autorizaba la sustitución por fianza en la locación, en la generalidad de los supuestos sólo deberían considerarse suficientes a las de naturaleza real.

La nueva garantía debe cubrir iguales ítems que los que amparaban la retención, es decir, el crédito y sus accesorios.

Esta facultad judicial no debe ejercerse de oficio, pues no está interesado el orden público, y puede ser controlada por el retenedor que es parte en el incidente que puede promover el acreedor de la restitución, sea o no el propietario de la cosa retenida.

5. La sustitución debe peticionarse judicialmente

La sustitución del derecho de retención no procede de oficio, lo que fue expuesto expresamente en el Proyecto de 1998 pero omitido en el Código vigente.

III. JURISPRUDENCIA

1. Debe desestimarse la reconvencción promovida, en un juicio de desalojo, a fin de obtener el reconocimiento del derecho de retención por pago del valor de las mejoras realizadas en el inmueble si, la misma fue articulada en forma subsidiaria para el caso de que el juez considerase que corresponde la vía del desalojo pues, ello pone de manifiesto que no ha habido una contrademanda propiamente dicha (CNCiv., sala C, 2/9/2010, La Ley Online AR/JUR/62064/2010).

2. La sustitución del derecho de retención no opera sin más, sino que, además de ofrecerse la garantía suficiente a juicio del Tribunal, deben darse razones que justifiquen la necesidad de la alteración de la situación de hecho existente (CCiv. y Com. 4ª Nom. Córdoba, 1/9/2008, La Ley Online AR/JUR/18219/2008).

3. El derecho de retención se ejerce directamente por quien cree hallarse en la situación legal de hacerlo, no pudiendo ser objeto de autorización por el juez (CCom. Cap., 10/11/1944, GF, 173-178 y ED, 26-494, nro. 30).

4. Su ejercicio no está sometido a declaración o manifestación previa de ninguna naturaleza (CCiv. 1ª Cap., 12/12/1947, JA, 1948-I-160, y ED, 26-494, nro. 32); y si bien suele presuponer una petición en contrario, o un acto que perturbe su libre ejercicio —ante la inexistencia de tales circunstancias—, nada cabe resolver al respecto (CNCiv., sala F, 20/4/1977, Rep. ED, 11-341, nro. 2).

5. Impaga la deuda si el acreedor decide retener la cosa —sea que se lo comunique o no al deudor— nace el derecho de retención, sin necesidad de que exista reclamo previo de restitución (CNCiv., sala D, 6/8/1982, LA LEY, 1983-B, 441; íd., íd., 26/10/1982, LA LEY, 1983-A, 237).

6. El derecho de retención no se otorga oficiosamente como garantía no pedida por el interesado y su ejercicio constituye una defensa procesal oponible para conservar la situación de hecho existente frente a quien está reclamando la inmediata entrega de la cosa (CNCiv., sala A,

25/11/1988, LA LEY, 1989-A, 499, *Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales*, Luis F. P. Leiva Fernández [dir.], La Ley, 2002, p. 338, con nota de AA. VV).

7. La sustitución por una garantía suficiente no debe imponerse de oficio (CNCiv., sala D, 14/9/1951, JA, 1952-I-396).

8. Es admisible depositar en calidad de embargo del crédito reclamado (CSJN, 7/4/1892, Fallos: 47:477; CNCiv., sala D, 26/6/1963, ED, 5-462).

9. Puede sustituirse por el embargo de la misma cosa retenida (CNCiv., sala D, 6/9/1968, ED, 26-513).

10. Puede sustituirse por el otorgamiento de una hipoteca (CCiv. Cap., 4/6/1923, JA, 10-718; CCiv. 2ª Cap., 10/12/1942, JA, 1943-II-432; CCom. Cap., 14/9/1944; JA, 1944-III-821; C2ª Civ. y Com. La Plata, sala I, 13/3/1951, JA, 1951-I-394).

11. En algún caso se rechazó la sustitución de la retención en el supuesto del art. 1618 del Código derogado en el marco de un contrato de locación (C1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, 5/8/1958, JA, 1958-III-430).

12. Pero no procede la sustitución si lo retenido es dinero (CCiv., 2ª Cap., 30/7/1934, GF, 111-201).

13. La garantía que sustituye a la retención asegura no sólo el crédito principal sino los accesorios y costas (CNCom., sala A, 21/8/1953; íd., sala C, 6/12/1960; CNCiv., sala D, 26/6/1963, ED, 5-462. V. También las síntesis de ED, 4-585, 4-601, y ED, 26-485).

Art. 2590. — Atribuciones del retenedor. El retenedor tiene derecho a:

- a) ejercer todas las acciones de que dispone para la conservación y percepción de su crédito, y las que protegen su posesión o tenencia con la cosa retenida;
- b) percibir un canon por el depósito, desde que intima al deudor a pagar¹ y a recibir la cosa, con resultado negativo;
- c) percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo.

Si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor. En este caso, puede disponer de ellos, debiendo imputar su producido en primer término a los intereses del crédito y el excedente al capital.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Son las reglas de los arts. 3944 y 3939 del Cód. Civil.

Se corresponde parcialmente con los arts. 2529 y 2530 del Proyecto de 1998.

El primero de ellos proponía en su inciso: "a) Ejercer todas las acciones de que disponga para la conservación y percepción de su crédito, y las que protejan su relación real con la cosa retenida.

b) Continuar la retención en garantía del pago de un nuevo crédito por conservación de la cosa retenida.

c) Percibir un canon por el depósito de la cosa desde que intima su recepción.

d) Obtener de la cosa retenida el provecho que produzca espontáneamente. En este caso está obligado a dar aviso al deudor retenido y compensar su valor al momento de la percepción con la cantidad correspondiente de la suma que le es debida".

Por su parte, el art. 2530 del Proyecto de 1998 propuso: "Art. 2530. — Obligaciones del retenedor. El retenedor está obligado a:

a) No usar la cosa retenida.

b) Conservar la cosa y efectuar las mejoras necesarias a costa del deudor de la suma de dinero.

c) Percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo.

Sin embargo, si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor retenido. En este caso puede disponer de ellos e imputar su producido a los intereses del crédito.

d) Restituir la cosa al concluir la retención".

El Código Civil y Comercial suprimió los incs. b) y d) de su antecedente el art. 2529, y agregó el inc. c) del art. 2530 del Proyecto de 1998, que expresa: "Art. 2530. — Obligaciones del retenedor... c) Percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo. Sin embargo, si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor retenido. En este caso puede disponer de ellos e imputar su producido a los intereses del crédito".

II. COMENTARIO

I. Atribuciones del retenedor

El Código Civil y Comercial enumera en su art. 2590 las atribuciones del retenedor.

Esencialmente contiene las reglas de los arts. 3944 y 3939 del Cód. Civil, y se corresponde parcialmente con los arts. 2529 y 2530 del Proyecto de 1998.

El Código suprimió los incs. b) y d) de su antecedente art. 2529 del Proyecto de 1998 y agregó el inc. c) del art. 2530 del Proyecto de 1998.

2. Acciones de protección del crédito del retenedor

El ejercicio de la retención no priva al acreedor retenedor del derecho a ejercer acciones tendientes al cobro de su acreencia, bien que si garantiza el crédito, v.gr., con un embargo sobre algún bien del deudor, el retenedor se sitúa claramente en posición de que el deudor le reclame la extinción de la retención porque el crédito estaría suficientemente garantizado. Es una situación similar a la de la sustitución de la retención por una garantía suficiente. Pero la retención no cae *ipso jure* por el mero hecho de la traba de un embargo sino que el deudor debe solicitarlo judicialmente.

La situación cambia si el acreedor retenedor procede a ejecutar su crédito sobre la misma cosa retenida, en cuyo caso pierde la facultad de retención. Así reza la parte pertinente de la nota de Vélez Sarsfield al art. 3939 del Código Civil derogado, con cita de Mourlon, que expresa: "Mas cuando el mismo procede a la venta sucede un efecto diverso: él no tiene sobre el precio preferencia sobre los otros acreedores pues que carece de privilegio; y ciertamente no se pretende retener la cosa hasta ser pagado, desde que ha procurado su venta y ha consentido en la enajenación, lo cual importa una renuncia tácita de su derecho de retención".

3. Acciones de protección de la tenencia sobre la cosa retenida

El derecho a ejercer las acciones en defensa de su relación real, previsto en el inc. a) del art. 2590 del Código Civil y Comercial, abarca los casos de los arts. 3944 y 3939 del Cód. Civil, es decir, las acciones que el primero prevé en el art. 2238, acción posesoria de recuperar la posesión o la tenencia, y la acción de despojo del art. 2241 del mismo cuerpo legal, más los interdictos de la legislación procesal.

El Código Civil de Vélez, en el art. 3944, se refería a la cosa desposeída, lo que planteó dudas sobre el caso de otorgar la protección por extensión —o no— a los casos de mera turbación en la tenencia del retenedor.

Ampliamente la doctrina —me refiero a Segovia, Machado, Acuña Anzorena, Raymundo Fernández, Vásquez, De Gásperi y Morello, López

de Haro y Leiva Fernández— concluyó que el retenedor turbado tiene acción de mantener la relación real, ya que si se autoriza la de recuperar como remedio frente a un hecho más gravoso como es la desposesión, debe admitirse la de mantener como remedio frente a un hecho menos dañino como es la turbación. Por aquello de que quien puede lo más, también puede lo menos (Leiva Fernández).

También queda incluida la defensa de la relación real por mano propia a la que se refería el art. 2470 del Cód. Civil —principio que el Código Civil y Comercial recibe en su art. 2240—, que resulta extensivo a toda relación real, incluso a la yuxtaposición. Con mayor razón lo puede emplear el tenedor interesado que es retenedor (Carbonell, Leiva Fernández).

4. Acción de protección de la tenencia sobre la cosa que pasó a poder de un tercero

Sin embargo, no hay acción si la cosa mueble objeto de la retención fue desposeída del poder del retenedor y pasó a poder de un tercero poseedor de buena fe, quien la obtuvo sin haber mediado pérdida o robo. Esa regla que subsiste en el Código Civil y Comercial se originó en la obra de AUBRY y RAU, de donde pasó al art. 3945 del Código de Vélez.

En síntesis, la persecución de la cosa retenida en poder de un tercero sólo procede si la cosa mueble ha sido perdida o hurtada, o si el tercero es de mala fe, pues en caso contrario el tercero se encuentra protegido por las reglas que el Código Civil y Comercial contiene en los arts. 1916 (presunción de legitimidad) y 1919 (presunción de buena fe), que corresponden a la norma del art. 2412 del Código Civil.

5. Derecho a percibir un canon por el depósito desde la intimación al pago

El Código Civil y Comercial, igual que el art. 2529 del Proyecto de Código Civil de 1998, autoriza al retenedor a percibir un canon por mantener la tenencia de la cosa luego de haber intimado a recibirla previo pago de lo adeudado. La solución es justa porque el cuidado de la cosa por el retenedor importa obligaciones eventuales por cuya asunción es lógico que reciba una compensación.

6. Derecho a percibir los frutos naturales

El inc. c) del art. 2590 repite el precepto del inc. c) del art. 2530 del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina, que expresa: "...c) percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo. Si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor. En

este caso, puede disponer de ellos, debiendo imputar su producido en primer término a los intereses del crédito y el excedente al capital".

Esta regla se reitera indebidamente en el art. 1226 del Código Civil y Comercial que, en el marco del contrato de locación de cosas, faculta al ex locatario retenedor a percibir los frutos naturales que produzca la cosa retenida imputando su valor a compensar la suma debida. Desde luego que el ex locatario no está obligado a hacerlo ni aun en caso de retener la cosa que tuvo alquilada. Es una facultad, no un deber.

Conforme a lo dispuesto en el art. 2591 inc. a) del Código Civil y Comercial, las partes pueden acordar —una vez instalada la retención— la posibilidad de usar la cosa por el retenedor y lo atinente a la percepción de frutos. Esta disposición es innecesaria, ya que se está en presencia de un derecho patrimonial que una vez establecido es absolutamente disponible.

Si se opta por percibir los frutos, el inc. c) del propuesto art. 2591 establece la obligación del retenedor de rendir cuentas de cuanto haya percibido.

7. El error del art. 1226 del Código Civil y Comercial: los "provechos" no son "frutos"

El art. 2590 del Código Civil y Comercial, al tratar de las atribuciones del retenedor, autoriza a compensar los frutos con el crédito adeudado de modo que la repetición de la norma en art. 1226 del Proyecto que repite la idea, devino innecesaria. Eso es un tema de técnica legislativa, pero no es eso a lo que deseo referirme.

En materia de retención, en la locación de inmuebles, el tema no son los frutos sino el "provecho".

El art. 1226 del Código Civil y Comercial faculta al ex locatario retenedor a percibir los frutos naturales que produzca la cosa retenida imputando su valor a compensar la suma que le es debida. Dispone: "Art. 1226. — *Facultad de retención.* El ejercicio del derecho de retención por el locatario lo faculta a percibir los frutos naturales que la cosa produzca. Si lo hace, al momento de la percepción debe compensar ese valor con la suma que le es debida".

Tal regla se aparta de la propuesta original que recibía el art. 1156 del Proyecto de Código Civil de 1998, que en el contrato de locación propuso: "*Facultad de retención.* El ejercicio del derecho de retención por el locatario lo faculta a obtener de la cosa retenida el provecho que produzca espontáneamente. Si lo hace queda obligado a compensar su valor al

momento de la percepción con la cantidad correspondiente de la suma que le es debida".

En el mismo Proyecto de 1998 hay otra norma que se propició en el borrador original ante la Com. del Dec. 191. Me refiero a la que en el marco de las atribuciones del retenedor preveía: "Obtener de la cosa retenida el provecho que produzca espontáneamente. En este caso está obligado a dar aviso al deudor retenido y compensar su valor al momento de la percepción con la cantidad correspondiente de la suma que le es debida".

Destaco que ambas normas del Proyecto de 1998 se refieren al "provecho" y no a "frutos", como lo hace el Código Civil y Comercial.

La propuesta original del Código Civil y Comercial, entonces, no se refería sólo a frutos naturales sino a "provechos producidos espontáneamente", porque lo significativo es el valor de la ocupación del inmueble, que —sin duda— no es un fruto natural (Leiva Fernández).

Es que el problema no son los frutos naturales que, fuera de los contratos agrarios, son de escasa trascendencia económica, sino que la retención regular no autoriza el uso de la cosa, por lo que el ex locatario retenedor de inmueble debería cerrar la casa e irse, para no usarla, lo que importaría desperdiciar el valor del uso y una doble pérdida.

Para el ex locador retenido significaría perder un valor con el que podría haber saldado la deuda que se le reclama, y para el ex locatario retenedor significaría salir a pagar un nuevo alquiler a un tercero. Es, en síntesis, la pérdida de un valor para la sociedad, para el retenedor y para el retenido sin que nadie se beneficie (Leiva Fernández).

Esta doctrina, sostiene Medeiros da Fonseca, fue aceptada por los tribunales innumerables veces, v.gr., antiguo Tribunal de Relación de Minas Gerais del 19 de enero de 1918, por el cual se decidió que el locatario cuando retiene el inmueble en virtud de mejoras, no está sujeto al aumento del alquiler; y el fallo de la Cámara 5ª del Tribunal de Apelación del Distrito Federal, el 11 de noviembre de 1941, que admitió la posibilidad de compensar la indemnización de las mejoras con los alquileres (Leiva Fernández).

En nuestro medio cabe destacar los fallos de la CNCiv., sala A 25/11/1988, LA LEY, 1989-A, 499; en menor medida CNCiv., sala B, 4/6/2004, LA LEY, 14/10/2004,6, y particularmente el de la sala C, de la misma Cámara, del 27/5/2004, DJ 2004-3, 270; LA LEY, 7/10/2004, 3 (Leiva Fernández).

Es que no toda utilidad es fruto. "Habitar en una casa, pasear en un jardín, vestir un traje o consumir alimentos implica utilidad, pero no son frutos de la cosa" (Biondi, Leiva Fernández).

El punto pasa por la distinción entre el contenido del *ius utendi* y el *ius fruendi*, es decir, el *usus* y el *fructus*, el *uti* y el *frui*.

Usus es el goce directo de la cosa; si bien puede tener valor económico. *Fructus* —en cambio— es todo aquello que tiene utilidad económica.

La noción de *fructus* es más amplia, pero conceptualmente distinta: el *usus* tiene referencia personal e inmediata, e implica una relación directa con la cosa; el *fructus* es, por el contrario, entidad económica autónoma, que da utilidad, además de directamente, por su valor económico y como medio de cambio (Leiva Fernández).

Es decir que el uso de la cosa, "habitar en una casa", como expresa Biondi, configura una mera utilidad y no un fruto civil: sin embargo, de esa utilidad habrá de surgir el fruto civil pues éste se determina "por efecto de una relación jurídica respecto a la cosa, por la que alguno tiene derecho de gozar de ella y como correspondencia debe dar una entidad económica que puede ser en especie o en dinero, calificada precisamente como fruto civil" (Leiva Fernández).

Los frutos civiles son "los que no nacen de la misma cosa, sino que se perciben extrínsecamente por ocasión de la misma" (Leiva Fernández). Es fruto civil o rédito entonces, la retribución por el uso de la cosa (art. 2330, Código Civil de Vélez) y no el uso mismo que sólo es una utilidad.

El tema referido a imputar al pago del crédito por el que se retiene con los frutos naturales o industriales que perciba el retenedor sin usar la cosa, punto debatible, quedó zanjado por el Código Civil y Comercial (art 2590 inc. c)) para todos los supuestos de retención.

Sin embargo, respecto de la aplicación de la retención a la locación, la propuesta original iba más allá, para abarcar lo que Biondi denomina "utilidad" que en el caso del ex locatario de inmueble es el uso de la cosa que tiene un valor y que en el Código derogado está aceptado en el art. 1547, referido a la locación de inmueble, y la nota al art. 1537, y el art. 2223 referido al depositario irregular.

La propuesta originaria volcada en el Proyecto de 1998 y luego ante la Comisión del Dec. 191 propició que en el entonces proyectado art. 1226 para el supuesto especial de la locación de inmueble, se compense el crédito por el que se retiene con el valor del uso del inmueble retenido que es un provecho espontáneo.

En la retención del ex locatario de inmueble, el *quid* no reside en qué hacer con los frutos naturales, sino en qué hacer con el uso del inmueble retenido que el retenedor, por aplicación de reglas generales, no está autorizado a usar; por lo que el ex locatario retenedor de inmueble debería

cerrar la casa e irse, para no usarla. Como sostuve, eso significaría desperdiciar el valor del uso y una doble pérdida; para el ex locador retenido perder un valor con el que podría haber saldado la deuda que se le reclama, y para el ex locatario retenedor tener que pagar un nuevo alquiler a un tercero. Es, en síntesis, la pérdida de un valor para la sociedad, para el retenedor y para el retenido sin que nadie se beneficie, sin que la deuda no se pague, ni se cobre.

En síntesis la propuesta soslayada en el Código Civil y Comercial ponía límite temporal a la retención, tendía a la satisfacción del crédito y no dilapidaba valores.

Es, en definitiva, la aplicación al supuesto especial de locación de inmuebles del mismo principio económico social que el que admite la compensación de frutos recibido en el art. 2590, inc. c), del Código Civil y Comercial, es decir, la pérdida de un valor económico cuya desaparición no beneficia a nadie.

El art. 1226 del Código Civil y Comercial debió contener la previsión del art. 1156 del Proyecto de Código Civil de 1998 o, en su defecto, si la redacción no resultase clara, disponer: *El ejercicio del derecho de retención por el ex locatario lo faculta a compensar el valor del uso del inmueble con el del crédito que le es debido.*

La retención que habilita a continuar en la tenencia para compensar el crédito estaba prevista en el art. 1547 del Código Civil de Vélez y se explica en la nota puesta diez artículos antes al pie del art. 1537, que remite a la ley 24, Título VIII, Partida 5ª, que en la interpretación doctrinaria coetánea a la obra de Vélez, admite la solución propuesta. También es la solución expresa del art. 2223, del mismo Código referida al depositario irregular.

Se refiere con la expresión "retener en seguridad o en compensación" en los Códigos de Chile y Colombia respecto del depósito, y los de Bolivia de 1831 y 1975 y Guatemala respecto del comodato.

Los Códigos de España, Panamá y Guatemala utilizan la expresión análoga "hasta reintegrarse con sus productos".

En conclusión: el enfoque correcto es que el art. 1226 del Código Civil y Comercial tenga el alcance del art. 1156 del Proyecto de Código Civil de 1998, con lo que también se evita la repetición innecesaria de la regla ya expuesta en el art. 2590, inc. c), del Código vigente.

III. JURISPRUDENCIA

Cuando la compensación efectuada entre las sumas pertenecientes al resarcimiento debido al poseedor de mala fe de un inmueble por las

mejoras efectuadas a dicha propiedad y las sumas relativas a los frutos civiles que habría podido producir el bien en caso de que el propietario hubiese podido sacar beneficio de él, resulta favorable a éste, deviene injustificado el derecho a retención pretendido por aquél (Civ. y Com. Lomas de Zamora, sala II, 2/2/2012, La Ley Online, AR/JUR/537/2012).

Art. 2591. — Obligaciones del retenedor. El retenedor está obligado a:

- a) no usar la cosa retenida, excepto pacto en contrario, en el que se puede determinar los alcances de dicho uso, inclusive en lo relativo a los frutos;
- b) conservar la cosa y efectuar las mejoras necesarias a costa del deudor;
- c) restituir la cosa al concluir la retención y rendir cuentas al deudor de cuanto hubiera percibido en concepto de frutos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El inc. a) recoge la opinión de la doctrina que está unánimemente inclinada hacia el reconocimiento de la prohibición de uso de la cosa retenida, aunque en ninguna parte del Código Civil se prohíbe que el retenedor pueda utilizar la cosa retenida. Recibe de ese modo las reglas de los arts. 2463, 2465 y 3939 del Código Civil.

El inc. c) es una aplicación del 2465 del Código Civil de Vélez, que disponía: "Debe restituir la cosa al poseedor a cuyo nombre posee, o a su representante, luego que la restitución le sea exigida conforme a la causa que lo hizo tenedor de la cosa".

Fuentes: el inc. a) del art. 2591 del Código Civil y Comercial repite la regla que propuso el art. 2530 del Proyecto de 1998.

II. COMENTARIO

1. El retenedor está obligado a no usar la cosa retenida

En ninguna parte del Código Civil de Vélez se prohibía que el retenedor pudiese utilizar la cosa retenida. Sin embargo, la doctrina está unánimemente inclinada hacia el reconocimiento de tal prohibición. Pero lo sustenta en la elaboración del derecho francés con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1930 ("No puede servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso o presunto del que realiza el depósito") y 2079 de ese Código ("Hasta la expropiación del deudor, si fuere proce-

dente, queda propietario de la prenda, la cual no es en manos del acreedor sino un depósito que asegura el privilegio de éste").

Es decir que la prohibición de uso, incluso en derecho francés, no resulta de aplicar norma alguna, sino de una interpretación analógica de preceptos establecidos para institutos diferentes ((Leiva Fernández, *Derecho de retención*)).

Cabe destacar que no hay prohibición legislativa de usar la cosa retenida, ni en el Código Civil de Paraguay de 1986, ni el Proyecto De Gásperi para ese país, ni el Código Civil del Perú de 1984, ni el polaco de las Obligaciones, ni el Código Civil alemán, ni el suizo, ni el portugués de 1966, ni el Anteproyecto Ossorio para Bolivia, ni en el Anteproyecto Bibiloni, ni en el Proyecto de 1936, ni en el Proyecto de Código Unificado de 1987. Sí existe dicha prohibición en el Proyecto argentino de 1998, en el art. 872 del Anteproyecto de 1954, y en el art. 298 del Cód. de Japón.

La norma en análisis recibe las reglas de los arts. 2463, 2465 y 3939 del Código Civil de Vélez. En el inc. a) del art. 2591 que se comenta — como se propuso en el art. 2530 del Proyecto de 1998— se remedia esa ausencia en derecho argentino, prohibiendo expresamente el uso de la cosa retenida, que, sin embargo carece de la referencia al pacto sobre el uso incorporado en el Código Civil y Comercial.

2. Sobre el pacto que autoriza el uso de la cosa retenida

En el inc. a) del art. 2591 se deja a salvo de la prohibición de uso el pacto en contrario, en el que se puede determinar los alcances del uso, inclusive en lo relativo a los frutos.

En el Código Civil de Vélez quedaba salvo el uso de la cosa en la retención irregular del ex locatario de inmueble, en el Código Civil de Vélez (Leiva Fernández) y en el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina; también en el Código Civil de Japón, que tiene fuente francesa, pues fue elaborado —excepto Persona y Sucesiones— por el Prof. Boissonade, profesor Honorario de la Facultad de Derecho de París y luego el Código completo fue revisado por una comisión de tres miembros, dos de los cuales eran doctores en derecho de la Facultad de Lyon.

Acuña Anzorena —que sostuvo la existencia en el Código Civil de una retención convencional— opinó que el uso estaba prohibido, salvo pacto en contrario. Sin embargo, aunque es cierto que las partes pueden acordarlo y como pacto sería válido, dejaría de ser retención, pues desnaturalizaría la facultad del instituto —esencialmente legal—, acercándola a las garantías convencionales.

Cabe aclarar que no todo uso de la cosa retenida opera en beneficio del retenedor, sino que hay "usos" conservatorios sin los cuales la cosa se deteriora. Piénsese en un caballo de carrera que necesita entrenarse, pues si no pierde su estado competitivo; en una vaca lechera que necesita ser ordeñada, etc. En tales supuestos, el uso de la cosa atañe a su conservación, porque si no se entrena el caballo de carreras se desvaloriza. En tales supuestos es deber del retenedor usar la cosa, pero usar no significa "aprovechar". En tales supuestos, el uso es en beneficio del deudor y no cabe prohibirlo.

Considerando lo expuesto, cabe concluir que el pacto autorizado por el inc. a) del art. transcrito se refiere al *aprovechamiento* por el retenedor de la cosa o sus frutos, y no del uso necesario para la conservación de la cosa.

3. Se superpone lo enunciado en el inc. c) del art. 2590 con lo propuesto en el inc. a) del art. 2591 del Proyecto

El inc. c) del art. 2590 dispone: "...c) percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo. Si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor. En este caso, puede disponer de ellos, debiendo imputar su producido en primer término a los intereses del crédito y el excedente al capital".

A su vez, el inc. a) del art. 2591 del Código Civil y Comercial prevé que el retenedor está obligado a: "a) no usar la cosa retenida, excepto pacto en contrario, en el que se puede determinar los alcances de dicho uso, inclusive en lo relativo a los frutos".

Como se advierte, percibir los frutos naturales ya está autorizado por el inciso transcrito inc. c) del art. 2590, sin necesidad de pacto alguno y para obtener lo mismo en el inc. a) art. 2591 se requiere pacto expreso. En todo caso, la pregunta es para qué pactar algo a lo que se puede acceder sin necesidad de pacto alguno.

Cabe señalar que la oración referida a los pactos sobre el uso no se encontraba en el Proyecto de 1998, ni fue propuesta en el borrador a la Comisión del Dec. 191.

Es cierto que el inc. c) del art. 2590 se refiere a los frutos naturales y que el inc. a) del art. 2591 no menciona la calidad de "naturales", por lo que literalmente podría extenderse a todos los frutos. Sin embargo, tal hermenéutica sería disvaliosa y se sustentaría en una distinción que no alcanza para justificar distintos regímenes normativos.

4. Inc. b): conservar la cosa y efectuar las mejoras necesarias a costa del deudor

La actividad inherente a la conservación está a cargo del retenedor, pero los costos de tal conservación —y eso es en definitiva las mejoras necesarias— están a cargo del deudor.

Desde luego que el retenedor debe dar aviso de los gastos que el deudor debe afrontar inherentes a la conservación de la cosa. E incluso puede adelantarlos de su bolsillo pero, en este caso, debe haber una aceptación expresa por el deudor de la pertinencia del gasto y de su cuantía.

5. Inc. c): deber de restituir la cosa y rendir cuentas

El inc. c) pone a cargo del retenedor la obligación de restituir la cosa, cualquiera que sea el medio por el que se extinga la retención, sea por satisfacción del crédito, sea por sustitución por una garantía suficiente o por decisión judicial fundada, v.gr., en el abuso del retenedor consistente en usar la cosa.

Al concluir la retención del retenedor debe rendir cuentas al deudor de cuanto hubiera percibido en concepto de frutos.

El art. 2465 del Código Civil de Vélez disponía: "Debe restituir la cosa al poseedor a cuyo nombre posee, o a su representante, luego que la restitución le sea exigida conforme a la causa que lo hizo tenedor de la cosa".

Si la cosa tiene accesorios, debe restituirla con ellos, porque siguen la suerte del principal (Beltrán de Heredia, Venegas Rodríguez, Leiva Fernández).

Si es fructuaria y hay frutos pendientes de percibir siguen igual suerte, y si imputó algunos frutos a la satisfacción de su crédito, debe rendir cuentas (Guillouard, Medeiros da Fonseca, Lafaille, Llambías, Carbonell, Leiva Fernández).

Si el retenedor incurre en mora en la restitución y la cosa se deteriora o perece, debe responder por ella.

Si la cosa es subastada en la ejecución promovida por otro acreedor, el retenedor debe ser desinteresado por el adjudicatario, en cuyo caso el retenedor deberá hacer la tradición de la cosa por cesar la retención, pero no a la persona del deudor, sino a la persona del adjudicatario (Leiva Fernández).

La obligación de rendir cuentas recae sobre todo administrador de cosa o dineros ajenos y el retenedor no es una excepción, por lo que debe rendir cuentas de lo percibido, sea a través de la facultad de percibir los

frutos del inc. c) del art. 2590, sea por el pacto autorizado en el inc. a) del presente artículo, sea por aplicación de la retención anómala en la que se retiene un provecho para compensar su valor con el debido.

6. No hay obligación de reparar los perjuicios que la retención pueda causar al deudor

El retenedor no está obligado a resarcimiento alguno porque el ejercicio de la facultad de retención dentro del marco previsto en la ley no constituye un hecho ilícito, sin cuya concurrencia en derecho privado no hay daño resarcible, sino que es el mero ejercicio de una atribución legal frente a un ilícito civil causado por el deudor remiso en el pago de su deuda (Leiva Fernández).

III. JURISPRUDENCIA

La retención del inmueble por el accionado habiendo hecho uso del mismo, lo que legalmente no le es permitido al retentor, no puede ser considerada como legítimo derecho conforme el art. 3939 del Cód. Civil, por lo que debe responder frente al propietario por los daños y perjuicios que le ha significado no poder disponer del bien desde que se le requiera la restitución (CCiv. y Com. Quilmes, sala I, 15/8/1996, LLBA 1997-350, AR/JUR/4438/1996).

Art. 2592. — Efectos. La facultad de retención:

- a) se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor;
- b) se transmite con el crédito al cual accede;
- c) no impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito;
- d) no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores o por el propio retenedor. En estos casos, el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente;
- e) mientras subsiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede;
- f) en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Contiene la regla de los arts. 3941, 3942, 3946 del Cód. Civil.

Fuentes: es —con algunas diferencias— el art. 2531 del Proyecto de Código Civil de 1998 que propone: "Efectos. La facultad de retención:

- "a) Se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor.
- "b) No impide al deudor de la suma de dinero el ejercicio de las facultades de administración o disposición que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregar la cosa hasta que no sea satisfecho su crédito.
- "c) No impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida. En este caso el adquirente debe desinteresarse al retenedor antes de tomar la posesión.
- "d) No interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede.
- "e) Subsiste en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, con sujeción a la legislación pertinente. También subsiste la garantía real por la que se sustituya".

El Código incorporó un inciso, y modificó dos.

Se incorporó el inc. b) "se transmite con el crédito al cual accede". La incorporación es innecesaria porque como toda garantía causal es accesoria del crédito que protege. No es que la incorporación del inciso esté errada, sino que es innecesaria.

En el inc. e), el Código dio vuelta el inc. d) del art. 2531 del Proyecto de 1998. En efecto, mientras el Proyecto de 1998 se proponía que la prescripción liberatoria no se extingue por la retención de una cosa en garantía del crédito, el Código vigente establece en el inc. e) que sí se suspende el curso de la prescripción.

Finalmente, también modificó lo atinente al caso de concurso o quiebra del acreedor a la restitución (generalmente el deudor del crédito). Mientras el Proyecto de 1998 establecía que la retención o su garantía sucesoria subsistía en caso de concurso o quiebra del deudor, el Código remite a las disposiciones de la legislación pertinente, que es la concursal.

II. COMENTARIO

1. La retención es indivisible

Aunque no es un derecho real de garantía, comparte esa calidad con los derechos reales de garantía (Comp. Laurent, fundado, justamente, en que no es un derecho real de garantía).

Desde su origen romano, la indivisión de la retención es un principio generalizado. No es indivisible aunque el crédito que garantiza sea divisible (Beltrán de Heredia de Onís). Ésa es otra diferencia con la *exceptio non adimpleti contractus* (Mazeaud; Weill), con la que se confunde en derecho alemán.

En el Código Civil de Vélez, el principio estaba expresamente previsto en el art. 3941, donde se establecía que "el derecho de retención es indivisible. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma el objeto". Otro tanto dispone el art. 296 del Código de Japón.

Como en los derechos reales de garantía: hipoteca (a excepción de lo dispuesto en prehorizontalidad), prenda y anticresis, la garantía es indivisible y no se restituye parte de la cosa retenida, o del lote de cosas retenidas, aunque se satisfaga parcialmente el crédito. O lo que es lo mismo, la recepción de parte del precio no implica renuncia parcial al ejercicio de la facultad de retención (Medeiros de Fonseca, Leiva Fernández).

Diferente es la circunstancia referida por Machado, Acuña Anzorena y Vázquez, en el sentido de que una misma persona ejerza varias retenciones sobre cosas diferentes, cada una de las cuales haya originado su propio crédito. No habría allí una sola retención sino tantas diferentes como cosas, de suerte que no cabría plantearse el tema de la divisibilidad (Acuña Anzorena, Leiva Fernández).

2. La retención accede al crédito que garantiza

Como la facultad de retención garantiza la satisfacción de un crédito dinerario, sólo se admite para servir a ese crédito y sólo existe en la medida en que éste exista y mientras subsista. Es un accesorio legal.

Para aquellos que sostienen que la facultad de retención puede ejercerse en garantía del cumplimiento de una obligación natural, el reconocimiento del carácter accesorio se despoja de contenido, pues en tal caso lo accesorio tendría mejor naturaleza que lo principal.

Desde su origen en el derecho romano la facultad de retención no admite transmisión autónoma, ni admite ser cedida para garantizar otro crédito (Giorgi). Sólo es cedible *inter vivos*, o transmisible por causa de

muerte, por vía de consecuencia si se efectúa la cesión del crédito que garantiza.

La transmisión autónoma de la facultad de retención no sólo vulneraría su condición accesorio sino que también obstaría a la concurrencia del *debitum cum re iunctum*, es decir la conexidad que debe existir entre el crédito y la cosa retenida.

Basta la mera cesión del crédito y la tradición de la cosa —en virtud de la naturaleza jurídica fáctica de la facultad de retención—, o sea que la cesión del crédito principal apareje la del derecho de garantía.

3. Continúan las facultades de administración y disposición del deudor sobre la cosa retenida

A ello se refiere el inc. c) del art. 2592.

El deudor del crédito que entregó la cosa al retenedor continúa ejerciendo durante la retención sus facultades de administrar y disponer de ella. Puede ocurrir que tales facultades no le correspondan a él sino a un tercero, v.gr., propietario de la cosa cuyo locador la entregó al retenedor y originó el crédito insoluto, en todo caso lo que la norma significa es que el retenedor no ejerce ni la administración ni la disposición de la cosa, sino que continúa ejerciendo dichas facultades quien la ejercía al momento de instaurarse la retención.

Entra las vicisitudes que pueden ocurrir durante la retención está la transmisión de su dominio a un tercero.

En el supuesto de transmisión por causa de muerte, sólo es requebrable que el heredero al que se haya adjudicado el crédito tome la relación real con la cosa, ya que, a nuestro entender, no bastaría con la mera posesión hereditaria (Venegas Rodríguez, Bustos).

También durante la retención puede cambiar la propiedad de la cosa retenida, pero, si se trata de cosas inmuebles, o muebles no registrables o registrables pero de registración no constitutiva sino declarativa, el deudor del retenedor podrá vender la cosa, pero no transmitir la propiedad, porque no podría efectuar la tradición en virtud de que la cosa es retenida.

Puede ocurrir también que durante el ejercicio de la facultad de retención cambie de titularidad la obligación del deudor con el retenedor, porque éste ceda su crédito, en cuyo caso debe seguirle la garantía, porque de lo contrario la retención devendría ilegítima.

Finalmente, cabe interrogarse si la conservación de los poderes de disposición sobre la cosa en cabeza del deudor (o el propietario de la cosa

en su caso), incluyen la facultad de destruirla haciendo cesar la retención por falta de objeto. La cuestión —en principio— parece tener sólo un interés teórico, porque si bien se enfrenta por un lado el derecho del retenedor a proteger su relación real con la cosa retenida y, por otro, la facultad de disponer de ella por parte del deudor (o el propietario de la cosa según sea el caso), lo cierto es que si el propietario deudor está dispuesto a destruirla, de la misma manera está dispuesto a abandonarla sin pagar su deuda. En cualquiera de ambos casos, la retención resulta vencida. Sin embargo, la destrucción de la cosa por parte del deudor (o el propietario de la cosa en su caso), impediría al retenedor embargarla y por medio de su subasta cobrarse el crédito que se le adeuda. Por ello puede concluirse que la facultad de disponer de la cosa retenida que se conserva en cabeza de quien la tenía al momento de instaurarse la retención no autoriza la destrucción de la cosa.

4. Embargo y subasta de la cosa retenida

La retención no pone a la cosa fuera del comercio ni mucho menos. Por ende, la cosa es embargable por un tercero o por el propio retenedor (Guillouard).

El derecho a ejecutar los bienes de su deudor no es consecuencia de su calidad de retenedor, sino de su condición de acreedor y la tiene, ejerza o no la retención (Viñas Mey, Venegas Rodríguez, Acuña Anzorena, Fernández, Leiva Fernández).

Si el embargo y subasta se produce por la acción de un tercero, se aplica el inc. c) del art. 2592: "el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito".

En cambio, si el embargo y subasta se producen a consecuencia de la propia actividad del retenedor, se genera una situación peculiar, porque si opta por la ejecución de su crédito sobre la misma cosa, pierde la facultad de retención. Así reza la parte pertinente de la nota de Vélez Sarsfield al art. 3939 del Código derogado, donde con cita de Mourlon expresa: "Mas cuando el mismo procede a la venta sucede un efecto diverso: él no tiene sobre el precio preferencia sobre los otros acreedores pues que carece de privilegio; y ciertamente no se pretende retener la cosa hasta ser pagado, desde que ha procurado su venta y ha consentido en la enajenación, lo cual importa una renuncia tácita de su derecho de retención".

En el mismo sentido, el inc. d) del artículo *sub examine* establece que, "el derecho del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente".

Queda claro que la calidad de retenedor no atribuye la facultad de vender la cosa retenida, contrario a lo que suelen advertir en carteles y

notas en boletas los sastres, y demás comerciantes dedicados a la reparación de zapatos o de productos eléctricos o electrónicos. Tal facultad es ajena a nuestro derecho, aunque sí está prevista en los arts. 772, ap. 2ª, y 1003 del BGB, y el art. 898 del Cód. Civil suizo (Rosset - Mentha).

5. Interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede

En esto, el Código se apartó del borrador originario y del Proyecto de 1998, cuyo art. 2531 inc. d) propuso: "No interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede"; y en el Fundamento 332 se explicaba: "Como el ejercicio de la facultad de retención no conlleva actividad alguna tendiente en forma directa a la satisfacción del crédito, se establece que no interrumpe el ejercicio de la prescripción extintiva".

Parte de la doctrina afirmaba que la retención interrumpe el curso de la prescripción liberatoria del crédito que garantiza (Acuña Anzorena; Borda; Salvat - Argañarás; Llambías; De Gásperi - Morello; Castañeda; Giorgi; Guillouard; Weill). También apoyada por algún fallo CNCom., sala B, 5/8/1964, ED, 9-399, fallo 5247; ED, 26-508, 1237.

Otra parte no menos importante de la doctrina se inclina por la ausencia de poder interruptivo del curso de la prescripción (Fernández, Vásquez, Highton, Medeiros da Fonseca, Venegas Rodríguez, Beltrán de Heredia de Onís, Bustos, Sancho Rebullida, Mazeaud, Butera y Leiva Fernández).

Carbonell, por su parte, distingue entre retención opuesta en juicio que interrumpiría la prescripción y la que no ha sido opuesta judicialmente que carecería de ese efecto.

También Buteler, quien sin embargo entiende que la retención obsta al curso de la prescripción liberatoria, porque no hay inactividad, aunque soslaya que la retención es pasividad, existiendo vías conducentes al cobro, que el acreedor-retenedor omita transitar (Leiva Fernández).

Es que, por un lado, retener implica sostener la voluntad de cobro, pero por otro la de no ejercer la acción tendiente a ello. Y lo que prescribe es la acción. Además, la regla es que las acciones prescriben, y, por tanto, la interrupción y la suspensión de su curso deben ser interpretadas restrictivamente.

El enfoque es totalmente diferente en materia de retención irregular o anómala, ya que en ésta, a medida que se va compensando se exterioriza la voluntad de cobro del crédito que, en definitiva, queda satisfecho.

6. En caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente

El Proyecto de 1998, en su art. 2531, inc. e), propuso: "Subsiste en caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, con sujeción a la legislación pertinente. También subsiste la garantía real por la que se sustituya".

La norma ahora vigente optó por otra solución posible, que consiste en remitir a lo previsto en la legislación concursal.

Cabe destacar en el texto vigente, en su borrador, y en el Proyecto de 1998, la precisión terminológica al referirse al acreedor de la restitución que —como se vio más arriba— puede no ser el deudor.

En realidad, este inciso bien puede eliminarse por innecesario.

Finalmente, cabe destacar que interrumpir el curso de la prescripción por retención no se encuentra mencionado en los casos de suspensión (arts. 2541 y ss.) ni de interrupción (arts. 2544 y ss.) previstos en el Código.

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde rechazar el derecho de retención alegado por el locatario de un inmueble con fundamento en la falta de pago de las mejoras realizadas sobre el bien, si no se ha estipulado contraprestación a cargo de la locadora por las mejoras, obras o trabajos, a desarrollarse en el inmueble arrendado, y se ha renunciado en forma expresa a ejercer tal derecho al contratar (CNCiv., sala A, 2/3/2010, DJ 23/6/2010, 1712; AR/JUR/6095/2010).

Art. 2593. — Extinción. La retención concluye por:

- a) extinción del crédito garantizado;
- b) pérdida total de la cosa retenida;
- c) renuncia;
- d) entrega o abandono voluntario de la cosa. No renace aunque la cosa vuelva a su poder;
- e) confusión de las calidades de retenedor y propietario de la cosa, excepto disposición legal en contrario;

f) falta de cumplimiento de las obligaciones del retenedor o si incurre en abuso de su derecho.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Recibe las reglas de los arts. 3939, 3943 del Código Civil de Vélez.

Fuentes: el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina, que recibió doctrina especializada, propuso "Art. 2532. — Extinción. La retención concluye por:

- "a) Extinguirse el crédito garantizado.
- "b) Extinguirse voluntariamente la relación real del retenedor con la cosa, aunque la restablezca.
- "c) Falta de cumplimiento por el retenedor de las obligaciones previstas en los tres (3) primeros incisos del art. 2530.
- "d) Sustitución por otra garantía suficiente, si lo autoriza el tribunal a petición del deudor de la suma de dinero".

También se refería al punto el Fundamento 333 al expresar: "Por fin se regulan los casos en los que se extingue la retención, además de la extinción de la cosa por caso fortuito. La extinción se produce por extinguirse el crédito garantizado, en atención a su carácter accesorio. Por extinguirse voluntariamente la relación real del retenedor sobre la cosa retenida, aunque luego la restablezca. Por incumplimiento de las obligaciones mencionadas en el artículo pertinente, y finalmente, en caso de substitución judicial por otra garantía suficiente, a petición del deudor".

En el art. 2530 del Proyecto de 1998 se deslizó un error material consistente en la supresión de todo un renglón, lo que fue debidamente aclarado por nota ante la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, entonces presidida por la Dra. María del Carmen Falbo. El artículo completo y correcto expresa: "Art. 2530. — Obligaciones del retenedor. El retenedor está obligado a: a) No usar la cosa retenida. b) Conservar la cosa y efectuar las mejoras necesarias a costa del deudor de la suma de dinero. c) Dar aviso al deudor retenido si opta por percibir los frutos naturales de la cosa. En este caso puede disponer de ellos y debe imputar su producido a los intereses del crédito. d) Restituir la cosa al concluir la retención".

Llama la atención que se haya soslayado la sustitución de la retención por una garantía suficiente que debería estar prevista en este artículo, y no en el art. 2589, referido al ejercicio de la retención.

II. COMENTARIO

1. Extinción del crédito garantizado

El art. 2593 del Código recibe las causas de extinción de la retención propias del instituto (extinción del crédito, pérdida de la cosa, pérdida de la relación real) pero añade otras propias de los derechos patrimoniales disponibles, que si bien concurren, no merecerían una recepción particular en el Título: la renuncia y la confusión.

La extinción puede producirse por el pago del crédito quienquiera que lo haga, incluso el tercero adquirente de la cosa en subasta promovida por un acreedor del mismo deudor. El efecto extintivo se produce a consecuencia del pago íntegro. El pago parcial no extingue parcialmente la retención porque la facultad se ejerce indivisiblemente sobre toda la cosa.

2. Extinción de la acción de cobro del crédito garantizado

El tema está íntimamente vinculado a la suspensión del curso de la prescripción del crédito mientras dura la retención. El art. 2592 inc. e) se inclina por la suspensión del curso de la prescripción. Así las cosas, una vez instaurada la retención, el crédito no podría prescribir por lo que siempre mantendría su acción, ya que el tiempo y la inactividad no lo afectarían (Leiva Fernández).

Si, por el contrario, por entender que retener implica mantener la voluntad de cobro, aunque sin ejercer la acción de cobro, como lo que prescribe es la acción, la retención no suspendería la prescripción del curso de la prescripción liberatoria del crédito, en cuyo caso el retenedor podría perder la acción durante la retención, en cuyo caso el tema se endereza a establecer si es posible retener por obligaciones naturales, lo que a mi juicio no es posible.

3. Pérdida total de la cosa retenida

Si la cosa perece totalmente, se extingue la retención por falta de objeto, sin que opere subrogación real alguna sobre, por ejemplo, la indemnización pactada mediante un contrato de seguro (Medeiros da Fonseca, Ripert - Buulanger) y la indemnización carecería de la conexidad debida (Beltrán de Heredia de Onís, Leiva Fernández).

La referencia a la pérdida total de la cosa retenida importa admitir la subsistencia de la retención ante la pérdida parcial de la cosa, porque la retención subsiste sobre el resto, sin que —por el principio de indivisibilidad del art. 2592 inc. a) del Código— se libere parte alguna de la garantía (Guillouard; Beltrán de Heredia de Onís; Medeiros da Fonseca;

Castañeda; Lafaille; Salvat - Argañarás; Fernández; Llambías; Borda; Carbonell; Highton; Leiva Fernández).

4. Otros modos anormales de extinción de las obligaciones

Por cualquiera de los medios extintivos de las obligaciones (novación, compensación, transacción, confusión, renuncia, remisión de la deuda e imposibilidad de pago) puede extinguirse el crédito garantizado con retención.

La renuncia debe ser aceptada en los términos del art. 946 del Cód. Civil.

En particular, la novación, aunque haga nacer otra obligación (art. 835 Cód. Civil), al extinguirse la primera, hace concluir la retención, por el simple motivo de que la nueva relación jurídica carecerá de conexidad objetiva relativizada con la cosa (Leiva Fernández).

El inc. e) del art. 2593 prevé como causal de extinción la "confusión de las calidades de retenedor y propietario de la cosa, excepto disposición legal en contrario".

Incorporar la confusión por concurrencia de las calidades de retenedor y propietario es un error porque el art. 2587 —con buen criterio— omite la referencia a la calidad de ajena en la cosa retenida, de suerte que nada obstaría a la retención de cosa propia siempre que exista obligación de restituirla al deudor. Tampoco tiene substancia la expresión "excepto disposición legal en contrario".

A todo evento, la confusión extinguiría el crédito y el supuesto quedaría comprendido en el inc. a) del art. 2593.

5. Extinción por pérdida de la relación real

Cabe distinguir tres modos extintivos distintos comprendidos en el inc. c).

Entregar la cosa al deudor o a quien la reclame, importa una forma de renuncia tácita de la retención.

Abandonarla —para que cualquiera tome la cosa—, que implica la pérdida material de la relación real. Consiste en la dejación de la cosa a persona indeterminada, en privarse de la relación real con la cosa, no en restituirla. No se trata, por tanto, de una renuncia tácita. No requiere aceptación alguna por parte del deudor.

Finalmente, también se produce el abandono voluntario de la relación real por vía de omisión frente al desapoderamiento producido contra la voluntad del retenedor en caso de ser desposeído o despojado por

parte del deudor o un tercero. Frente al desapoderamiento el retenedor, puede ejercer las acciones previstas en el art. 2590, inc. a), dirigida a proteger su tenencia sobre la cosa retenida en el plazo de un año conforma al plazo de prescripción previsto en el art. 2564, inc. b), del Código Civil y Comercial.

Si hubo abandono voluntario y luego la cosa volvió a poder del ex retenedor, no por ello renace la retención, por disposición del inc. c), a semejanza de lo que preveía el art. 3943 del Código Civil de Vélez.

6. Extinción imputable al retenedor

El inc. f), siempre del art. 2593, prescribe que la retención se extingue por falta de cumplimiento de las obligaciones del retenedor o si incurre en abuso de su derecho.

La facultad de retención pone en cabeza del retenedor algunas pocas cargas que debe satisfacer para mantener su garantía.

Frente al uso prohibido de la cosa caben dos soluciones posibles: ordenar su secuestro o demandar la extinción de la retención. La primera solución, sostenida por Beltrán de Heredia de Onís, Venegas Rodríguez, Lafaille, Fernández y Acuña Anzorena, no se compadece con la naturaleza jurídica de la retención, que es un mero hecho jurídico real (Leiva Fernández).

Como el uso de la cosa —por regla— está prohibido, el retenedor que usa la cosa retenida —o mejor aún, que se aprovecha de la cosa retenida— convierte en ilícita su relación real y por ello extingue la retención (Leiva Fernández). Si se extingue la retención, no corresponde proceder a secuestro y depósito judicial alguno, sino que corresponde entregar la cosa al acreedor de su restitución. Secuestrarla implicaría tener que resolver quién debería afrontar económicamente el secuestro y depósito de la cosa.

Desde luego que si el retenedor intervierte su título, cesa la retención.

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde rechazar el derecho de retención alegado por el locatario de un inmueble con fundamento en la falta de pago de las mejoras realizadas sobre el bien, si ha renunciado en forma expresa a ejercer tal derecho al contratar (C3ª Civ. y Com. Córdoba, 21/6/2007, LLC 2008 [octubre], 995, AR/JUR/12942/2007).

V. también: CNCiv., sala C, 10/3/1994, ED, 159-285; CNCrim. y Correc., sala I, 9/10/1990, LA LEY, 1991-B, 169; DJ, 1991-1-860.

TÍTULO IV

DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

Bibliografía sobre la reforma: BRITOS, CRISTINA, "Principios del Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código", LA LEY, 2014-A, 742; UZAL, MARÍA ELSA, "Breve panorama de la reforma de Derecho Internacional Privado", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 1179-1208.

Bibliografía clásica: ALCORTA, AMANCIO, *Apuntes de Derecho Internacional Privado - Extracto de las Conferencias*, Emilio de Marsico, Buenos Aires, 1883; ARGUAS, MARGARITA - LASCANO, CARLOS ALBERTO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, El Ateneo, Buenos Aires, 1928; BALESTRA, RICARDO R., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2006; BASZ, VICTORIA - CAMPANELLA, ELIZABET, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009; BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, t. I, 5ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2006; t. II, 6ª ed., 2010; t. III, 6ª ed., 2010; id., *Derecho Internacional Privado - En la estructura jurídica del mundo*, 6ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011; BIOCICA, STELLA MARIS, *Derecho Internacional Privado - Un nuevo enfoque*, Lajouane, Buenos Aires, 2004; CALANDRELLI, ALCIDES, *Cuestiones de Derecho Internacional Privado*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1915; CHAVARRI, ÁNGEL, *Derecho Civil Internacional argentino (contribución a la reforma del código)*, J. J. Rosso, Buenos Aires, 1935; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA, *Derecho Internacional Privado - Parte Especial*, Universidad, Buenos Aires, 2000; FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO P., *Derecho Internacional Privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Advocatus, Córdoba, 1998; id., (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavallía, Buenos Aires, 2003; id., "Chronique de jurisprudence argentine de droit international privé", *Journal de Droit International*, 2008-1, ps. 199-231, y 2012-1, ps. 231-263; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., EJE, Buenos Aires, s/d; id., *Suma de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1961; id., *Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia*, 10ª ed. actualizada por Alicia Perugini Zanetti, LexisNexis, Buenos Aires, 2009; IÑIGUEZ, MARCELO DANIEL, *Curso de Derecho Internacional Privado - Parte General*, Induvio, s/l, 2010; KALLER DE ORCHANSKY, BERTA,

b) *Mayor*: en el caso de procesamiento penal de la persona inhabilitada, supuesto en que la inhabilitación se reestablece si hubiera cesado antes, o se prorroga si no hubiese vencido, y extiéndose hasta el sobreseimiento o absolucón o, de mediar condena penal, hasta terminar la inhabilitación accesoria impuesta en sede penal.

El final de la inhabilitación es lo que se conoce tradicionalmente como *rehabilitación*, palabra que incomprensiblemente no utiliza la ley en este capítulo IX, aunque sí lo hace en el art. 107 para delimitar temporalmente los bienes que se sujetan a desapoderamiento. La rehabilitación produce el cese de las inhabilitaciones personales propias de la quiebra, y también impide que los bienes adquiridos por el fallido después de ella sean sometidos a desapoderamiento y liquidación falencial (efecto patrimonial de la rehabilitación).

Art. 237. – [DURACIÓN DE LA INHABILITACIÓN] La inhabilitación de las personas jurídicas es definitiva, salvo que medie conversión en los términos del art. 90 admitida por el juez, o conclusión de la quiebra.

La rehabilitación de la persona jurídica fallida sólo es posible en caso de conversión de la quiebra (art. 90, LCQ) o de conclusión *no liquidativa* de la misma. En caso de conclusión de quiebra por liquidación del activo falencial, la disolución de la persona jurídica es irreversible, por lo que no hay rehabilitación posible.

Art. 238. – [EFECTOS] Además de los efectos previstos en esta ley o en leyes especiales, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas.

Los efectos que la inhabilitación falencial acarrea están previstos en el art. 238 de la LCQ, y en otras numerosas disposiciones legales nacionales y locales aplicables cada vez que éstas refieren al “fallido o quebrado no rehabilitado”.

TÍTULO IV

CAPÍTULO I PRIVILEGIOS

Reglas y principios generales. Los principios y reglas imperantes en materia de privilegios concursales están establecidos por los arts. 239 a 250 de la LCQ, y en otras disposiciones del mismo texto legal.

a) La legislación concursal sobre privilegios –aplicables en procesos concursales– es, en principio, *autosuficiente* (art. 239, párr. 1º, LCQ). Las preferencias o privilegios previstos en otras leyes se aplican en caso de concurrencia entre acreedores dentro de procesos de ejecución singular, no colectiva, salvo remisión expresa de la ley concursal a ordenamientos ajenos a ella (p.ej., art. 242 *in fine*, LCQ).

b) En la materia rige el *principio de legalidad*, según el cual los privilegios nacen solamente de la ley y no pueden crearse por la autonomía de la voluntad. Sobre esto la jurisprudencia ha sido siempre uniforme.

c) La interpretación de todo lo concerniente a privilegios debe ser restrictiva. No pueden reconocerse privilegios por analogía; y, en caso de duda, ha de estarse en contra de la existencia del privilegio. También en esto la jurisprudencia se ha mostrado tradicionalmente concordante, asignando carácter quirografario al crédito cuyo encuadre privilegiado fuera razonablemente dudoso. Ello se debe a que los privilegios son excepciones al principio concursal de universalidad y al principio general del derecho privado que asigna al patrimonio la significación de ser garantía común de los acreedores (ver comentario al art. 1º, LCQ).

d) En principio, el privilegio favorece solamente al *capital*, no así a los intereses, gastos ni costas, devengados; salvo excepciones legalmente determinadas (art. 242, LCQ). Curiosamente, todos los intereses posfallenciales cobrables, en caso de existir remanente en la quiebra liquidativa,

tienen la categoría preferencial (o quirografaria) del crédito del cual devienen (art. 228, párr. 2º, LCQ).

e) Cuando una quiebra sigue a un concurso preventivo, los privilegios y preferencias reconocidos en éste se mantienen en aquélla (art. 239, párr. 2º, LCQ); y los créditos a los cuales se les reconoce privilegio sólo por un período anterior a la apertura concursal (p.ej., art. 241, inc. 2, LCQ), pueden *acumular* la preferencia por ambos períodos anteriores al concurso preventivo y a la quiebra, respectivamente (art. 239, párr. 3º, LCQ).

Categorías de acreedores (o de créditos). Según su rango, determinante de la posición de cobro en caso de insuficiencia de producto distribuable (que es lo que de ordinario ocurre, esto es, la insuficiencia de activo), tenemos: a) acreedores con privilegio especial; b) acreedores por gastos de conservación y de justicia (o "del concurso"); c) acreedores con privilegio general; d) acreedores comunes o quirografarios, y e) acreedores subordinados.

Los privilegios *especiales* tienen asiento sobre bienes específicos; pueden hacerse valer exclusiva y excluyentemente sobre el producto de la liquidación de los bienes afectados, o sobre el importe que sustituya a éstos (subrogación real, art. 245, LCQ). El porcentaje (o la totalidad) del crédito con privilegio especial no percibido sobre el asiento del mismo es considerado común o quirografario, salvo ciertos créditos laborales con privilegio general (art. 245 *in fine*, LCQ).

Los *acreedores del concurso* y los *privilegios generales* tienen rango preferente —según el orden que se explica más adelante—, sobre todo el producto de la liquidación que queda después de satisfacer los créditos con privilegio especial.

Los acreedores *quirografarios* (o comunes) cobran sobre lo que queda después de las categorías precedentes, y antes que los acreedores *subordinados* (los quirografarios tienen así mejor rango —preferencia— respecto de estos últimos).

Los elencos legales sobre privilegios generales y privilegios especiales son *taxativos*. Sin embargo, es menester advertir que existen privilegios concursales más allá del listado de los arts. 241 y 246 de la LCQ (p.ej., en el art. 120 *in fine*, LCQ). Éstos son los *gastos de conservación y de justicia* (art. 240, LCQ), y todas las acreencias que provinieran de gastos en beneficio común del concurso de los acreedores del fallido.

Concurrencia entre categorías (el "ranking" de las prioridades). El sistema concursal argentino vigente establece un ordenamiento.

a) En primer lugar, los acreedores con *privilegio especial* que concurren sobre el producto de la venta del bien afectado a su preferencia (arts. 241, 247 y conec., LCQ). Algunos créditos de esta categoría tienen también

prelación temporal de cobro: los créditos con garantías reales, a través del concurso especial (arts. 126 y 209, LCQ); los créditos laborales del art. 241, inc. 2, de la LCQ, por medio del pronto pago del art. 183, párr. 2º, de la ley.

b) En segundo término, los *acreedores del concurso* (arts. 240, 244 a 250, LCQ), sobre el excedente total del activo liquidado, una vez descontados los créditos con privilegio especial. Los acreedores con tal rango pueden percibir hasta el cien por ciento de sus créditos, sobre el mencionado producto. Tienen también prelación temporal de cobro, sin necesidad de verificación, pueden percibirse a partir de su exigibilidad no teniendo que esperar al proyecto de distribución.

c) En tercer lugar, los acreedores con *privilegio general*, los laborales (art. 246, inc. 1, LCQ), concurren sobre el excedente total del activo liquidado, una vez descontados los créditos con privilegio especial y los créditos del concurso.

Estos acreedores pueden percibir hasta el ciento por ciento de sus créditos, sobre el mencionado producto. Tienen también prelación temporal de cobro, mediante la posibilidad de pronto pago establecida en el art. 183, párr. 2º, de la LCQ.

d) Concurren luego los (restantes) acreedores con *privilegio general* (art. 246, incs. 2 a 4, LCQ), sobre la mitad del excedente del activo liquidado, una vez descontada la totalidad de los montos de las acreencias de las tres categorías precedentes. La otra mitad del producto se reserva para la categoría inmediatamente inferior, que se explica a renglón seguido (art. 247, LCQ).

e) En quinto término, los *saldos impagos* de los créditos con privilegio general de la categoría precedente, sumados *pari passu* con los acreedores comunes o quirografarios (arts. 247, párr. 2º, y 248, LCQ), sobre la totalidad del producto restante (según explicación precedente), hasta cobrar el ciento por ciento de estas acreencias quirografarias.

f) Por último concurren los acreedores *subordinados generales*, sobre el excedente que pudiese quedar después de atendidas las restantes categorías precedentes, y según las respectivas condiciones de la subordinación (art. 250, LCQ; ver, también, art. 3876, Cód. Civil, modificado por el art. 76, ley 24.441).

Concurrencia dentro de las categorías o clases. Se rige por las siguientes reglas.

a) Los acreedores con *privilegio especial*, entre ellos y sobre el mismo bien (en caso de insuficiencia del producto), concurren, como regla, en este orden: 1) según lo dispuesto en los incisos del art. 241 de la LCQ (art. 243, LCQ), y 2) dentro de los reconocidos en el mismo inciso, sobre el producto del mismo bien, a *prorrata*.

Se exceptúan de esa regla de concurrencia interna de la categoría de los privilegiados especiales: los señalados en los incs. 4 y 6 del art. 241 de la LCQ, que concurren internamente —entre ellos— según las reglas del art. 243, inc. 1, de la LCQ (p.ej., entre dos acreedores hipotecarios sobre el mismo inmueble, la concurrencia se rige por el grado de la hipoteca de cada uno: la hipoteca de primer grado tiene preferencia sobre la de segundo grado).

b) Los restantes acreedores (créditos del concurso, privilegiados generales laborales, privilegiados generales no laborales, quirografarios) concurren entre ellos, y dentro de sus respectivas categorías, según la regla del prorrateo (arts. 240 *in fine* y 249, LCQ). Según ella, si el producto repartible dentro de la categoría es insuficiente para pagar la totalidad de los montos concurrentes en la misma, éste se reparte *proporcionalmente*, de modo que cada acreedor experimente el mismo porcentaje de pérdida (o, consecuentemente, cobre igual porcentaje de su crédito que el resto de los pares de su categoría).

Art. 239. — [RÉGIMEN] Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones.

[CONSERVACIÓN DEL PRIVILEGIO] Los créditos privilegiados en el concurso preventivo mantienen su graduación en la quiebra que, posteriormente, pudiere decretarse. Igual regla se aplica a los créditos previstos en el art. 240.

[ACUMULACIÓN] Los créditos a los que sólo se reconoce privilegio por un período anterior a la presentación en concurso, pueden acumular la preferencia por el período correspondiente al concurso preventivo y la quiebra.

Régimen. Los privilegios establecidos por otras leyes rigen en los supuestos previstos por ellas, cuando no existe abierto concurso del deudor. Por lo contrario, cuando *existe concurso y dentro de él*, los privilegios creados por otras leyes quedan excluidos de toda posibilidad de hacérselos valer para concurrir en los procesos colectivos. Son excepciones a esta regla los regímenes a los que expresamente reenvía la legislación concursal: art. 241, inc. 6.

Conservación del privilegio. Cuando un crédito constituye *gasto de conservación o de justicia* en un concurso preventivo, o tiene carácter *privilegiado* dentro de ese proceso, el acreedor titular tiene el derecho de con-

currir *con igual rango* en la quiebra indirecta o en la quiebra (directa o autónoma) que se dictare estando en trámite (pendiente) el concurso preventivo en cuestión.

Acumulación. Los créditos que sólo obtienen privilegio por los montos devengados durante determinados lapsos anteriores al concurso preventivo (p.ej., las remuneraciones debidas al trabajador —hasta— por seis meses anteriores al concurso preventivo: art. 241, inc. 1, LCQ), tienen derecho a *acumular* esa preferencia con otra de igual tipo que correspondiera en caso de quiebra (en el ejemplo: remuneraciones de seis meses anteriores a la quiebra, que al acumularse con el crédito privilegiado anterior al concurso preventivo permitiría concurrir en la quiebra con un privilegio que podría extenderse a cubrir hasta doce meses de remuneraciones).

Art. 240. — [GASTOS DE CONSERVACIÓN Y DE JUSTICIA] Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial.

El pago de estos créditos debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación.

No alcanzando los fondos para satisfacer estos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos.

“Gastos de conservación y de justicia” es la actual denominación de los antes llamados “créditos del concurso”, y mucho antes, “acreedores de la masa”. En distintos artículos del texto legal vigente, sin embargo, continúan las referencias a los créditos a cargo del concurso, debiendo entenderse que son resabios de la ley 19.551 y que, en esos casos, ellos se rigen por el rango preferencial de este art. 240 de la LCQ.

Los créditos a los cuales se otorga la prioridad propia de *gastos de conservación y de justicia* no están mencionados expresa e individualizadamente en el art. 240 de la LCQ. Algunos sí lo están en otras disposiciones (ver, entre otros, los arts. 20, párr. 2º, 24, 138 *in fine*, 154, 182, 192, párr. 3º, 198 y 273, inc. 8º, LCQ). Otros surgirán del encuadre que los jneces hagan de cada caso en la conceptualización emergente del texto legal: “créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso” (p.ej., los honorarios devengados en el concurso por los funcionarios de este proceso, los

créditos provenientes de la continuación posconcurzal de contratos del fallido o de contratos celebrados por el síndico sobre bienes desapoderados o a raíz de la continuación de la empresa en quiebra, los créditos por costas judiciales impuestas por la actuación del síndico en incidentes concursales o en procesos vinculados o donde actuara ejerciendo la legitimación procesal perdida por el fallido, los daños y perjuicios ocasionados a terceros por bienes o por funcionarios o empleados de la quiebra, los tributos posfalenciales sobre bienes desapoderados, la contraprestación por servicios públicos brindados después de la declaración de quiebra, etcétera).

El *rango* de estos créditos dentro del esquema general de concurrencia (preferidos a todos los demás, salvo los privilegiados especiales), y la regla de *concurrencia dentro de su categoría* en caso de insuficiencia (*a prorrata*), han sido explicados en el comentario que precede al art. 239 de la LCQ.

La *oportunidad* de cobro de estos créditos señala una de sus más importantes prioridades: no deben esperar a la distribución general del activo liquidado —ni a la oportunidad de vencimiento de las cuotas concordatarias, en su caso, en el concurso preventivo—, al ser *exigibles* de inmediato a su devengamiento.

El *procedimiento* para el cobro también es rasgo fundamental de esta prioridad: no tienen la carga de verificación. Basta solicitar su pago al síndico, y en defecto de cumplimiento pedir al juez concursal que ordene la efectivización. Si hubiese controversia sobre su existencia, extensión, exigibilidad, etc., la decisión corresponde al juez concursal, quien a los efectos de dilucidar las cuestiones litigiosas instrumentará el trámite que considere idóneo.

Art. 241. — [CRÉDITOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL] Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica:

1) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del concursado por cuya cuenta se hicieron los gastos.

2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el esta-

blecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación.

3) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos.

4) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante.

5) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la sentencia de quiebra. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el art. 3943 del Cód. Civil.

6) Los créditos indicados en el título III del capítulo IV de la ley 20.094, en el título IV del capítulo VII del Cód. Aeronáutico (ley 17.285), los del art. 53 de la ley 21.526, los de los arts. 118 y 160 de la ley 17.418.

Los *créditos con privilegio especial* son aquellos cuyo rango preferencial se ejerce (sólo) sobre el producto de la liquidación del bien o bienes que constituyen el *asiento* del privilegio.

Sobre el precio del bien asiento del privilegio, tienen el máximo *rango*; sólo postergado por los gastos "correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo, efectuados en el concurso" y por una cantidad calculada para atender "los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso", correspondientes "exclusivamente a diligencias sobre tales bienes" (art. 244, LCQ).

La enumeración de privilegios especiales es *taxativa* y de *interpretación restrictiva*. A los consagrados por los cinco primeros incisos de este art. 241 de la LCQ se suman —por expreso reenvío de su inc. 6— los privilegios especiales establecidos en la ley de la navegación, en el Código Aeronáutico, en la ley de entidades financieras y en la ley de seguros.

La concurrencia entre privilegios especiales de igual asiento se hace según las reglas del art. 243 de la LCQ.

Art. 242. — [EXTENSIÓN] Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio:

1) Los intereses por dos años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inc. 2 del art. 241.

2) Las costas, todos los intereses por dos años anteriores a la quiebra y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inc. 4 del art. 241. En este caso se percibirán las costas, los intereses anteriores a la quiebra, el capital y los intereses compensatorios posteriores a la quiebra, en ese orden.

El privilegio reconocido a los créditos previstos en el inc. 6 del art. 241 tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos.

La regla es que sólo el *capital* de un crédito privilegiado tiene el rango preferente asignado por la ley concursal; no así sus *accesorios*: intereses, gastos, multas, costas, etcétera.

Las excepciones a esa regla deben estar expresamente establecidas por ley, son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse por analogía.

A las —escasas— excepciones consagradas en este art. 242 debe agregarse: los intereses posquiebra de créditos privilegiados, cuya percepción correspondiera en caso de *remanente* en la quiebra liquidativa (art. 228, párr. 2º, LCQ).

Art. 243. — [ORDEN DE LOS PRIVILEGIOS ESPECIALES]
Los privilegios especiales tienen la prelación que resulta del orden de sus incisos, salvo:

1) En el caso de los incs. 4 y 6 del art. 241, en que rigen los respectivos ordenamientos.

2) El crédito de quien ejercía derecho de retención prevalece sobre los créditos con privilegio especial si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados.

Si concurren créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes, se liquidan a prorrata.

Los privilegios especiales tienen el *máximo rango* respecto de los créditos de *otras* categorías, salvo los gastos del art. 244 de la LCQ.

Cuando distintos privilegios especiales *concurren entre sí* —sobre el precio del mismo bien asiento común de más de un privilegio especial— el art. 243 de la LCQ establece la manera de resolver las prestaciones *internas* en caso de insuficiencia.

a) Como primera regla, de acuerdo al orden de los incisos del art. 241 de la LCQ, con la advertencia que el privilegio del *retenedor* que, en principio, está en el quinto lugar (inc. 5 del mismo artículo), pasa al primer lugar "si la retención comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados" (art. 243, inc. 2, LCQ).

b) Como segunda regla, *a prorrata*, cuando concurren créditos comprendidos dentro del mismo inciso (sobre el precio de venta de los mismos bienes asiento común de todos los privilegios implicados).

c) Como *excepciones* a las reglas precedentes, los créditos con privilegios especiales de los incs. 4 y 6 del art. 241 de la LCQ, que concurren entre ellos según lo determinen las respectivas leyes (*ordenamientos*) que los rigen (art. 243, inc. 1, LCQ).

Art. 244. — [RESERVA DE GASTOS] Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso. También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes.

Los *gastos* y *honorarios* mencionados en ese art. 244 de la LCQ tienen el *máximo rango concursal posible*, ya que —cuando existen— prevalecen aun por sobre los privilegios especiales con asiento sobre el bien liquidado (ver comentario al art. 241, LCQ).

Art. 245. — [SUBROGACIÓN REAL] El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la

subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el art. 246 inc. 1.

El privilegio *especial* sólo puede hacerse valer sobre el bien que constituye su asiento. Empero:

a) Si dicho bien no existe, o no es hallado en el concurso, o desaparece sin que pueda considerárselo *reemplazado* por otro bien (precio, indemnización, etc.), el privilegio no puede ejercerse y el crédito respectivo se convierte en *quirografario*.

b) Si el bien asiento del privilegio es sustituido (por su precio de enajenación, una indemnización, etc.), la prelación se ejerce—de pleno derecho— sobre el sustituto.

c) Si el producto de la realización del bien asiento del privilegio (o el respectivo importe sustitutivo) es *insuficiente* para cubrir alguna parte de un crédito privilegiado, la porción insatisfecha con preferencia concurrirá como acreencia *quirografaria* (salvo que fuera un crédito laboral con privilegio *general*; art. 246, inc. 1, LCQ).

Art. 246. — [CRÉDITOS CON PRIVILEGIOS GENERALES]

Son créditos con privilegio general:

1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso.

2) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo.

3) Si el concursado es persona física:

a) Los gastos funerarios según el uso.

b) Los gastos de enfermedad durante los últimos seis meses de vida.

c) Los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los seis meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras.

4) El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal.

5) El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el librador de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador. [Inciso incorporado por ley 24.760, art. 7º]

Los créditos con privilegio *general* no ejercen su preferencia sobre el producto de la liquidación de un bien determinado, sino sobre el resto del producido de la liquidación de todo el activo falencial, después de satisfechos los *privilegios especiales* (art. 241, LCQ) y los *gastos de conservación y de justicia* (arts. 240 y 244, LCQ).

La enumeración de los créditos privilegiados generales, en los cinco incisos del art. 246 de la LCQ, es *taxativa* y de *interpretación restrictiva*; no puede ampliarse ni extenderse por analogía.

La *conurrencia entre privilegios generales* se hace según las reglas del art. 247 de la LCQ.

Art. 247. — [EXTENSIÓN DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL] Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del art. 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inc. 1 del art. 246.

En lo que excedan de esa proporción, los demás créditos enumerados en el art. 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados.

Dentro de la categoría de los privilegios generales pueden diferenciarse dos clases.

a) Los acreedores privilegiados generales *laborales* (art. 246, inc. 1, LCQ), tienen mejor *rango* que los demás privilegiados generales (art. 246, incs. 2 a 4, LCQ), ya que cobran con preferencia a éstos y, además, sobre *todo* el monto del producto de la liquidación del activo falencial (después de satisfechos los créditos preferentes de los arts. 244, 241 y 240, LCQ). En caso de insuficiencia, concurren entre ellos *a prorrata*.

b) Los acreedores privilegiados generales *restantes* (art. 246, incs. 2 a 4, LCQ), que sólo pueden afectar la *mitad* del producto premencionado, porque la otra mitad se destina a pagar al porcentaje impago de los privilegios generales, en concurrencia *pari passu* con los acreedores quirografarios. En caso de insuficiencia, concurren entre ellos *a prorrata*.

Art. 248. - [CRÉDITOS COMUNES O QUIROGRAFARIOS]
Los créditos a los que no se reconocen privilegios son comunes o quirografarios.

En materia concursal, la regla es que todo crédito es común o quirografario (*pars condicio creditorum*), a menos que tengan legalmente reconocida una prioridad o un privilegio que asignen rango preferencial. De todos modos, el carácter *común* o *quirografario* no implica el peor de los grados en el *ranking* de la concurrencia, ya que más abajo de ellos se encuentran los créditos que experimentan algún tipo de *subordinación*.

Art. 249. - [PRORRATEO] No alcanzando los fondos correspondientes, a satisfacer íntegramente los créditos con privilegio general, la distribución se hace a prorrata entre ellos. Igual norma se aplica a los quirografarios.

La norma de *prorrato* es regla de reparto concursal en los casos de insuficiencia de producto distribuable a acreedores de igual rango. Sólo se exceptúan ciertos acreedores con privilegio *especial* (ver comentario al art. 243, inc. 1, LCQ).

La distribución *a prorrata* entre varios créditos quiere decir que se paga a cada crédito un porcentaje igual, establecido dividiendo el producto repartible por la suma total de los créditos con derecho de concurrencia sobre el mismo. Desde otro ángulo, la distribución prorrata importa que cada acreedor sometido a ella *pierde* un porcentaje (no una cantidad) de su crédito igual al porcentaje que pierden los restantes acreedores del mismo

rango que él (p.ej., producto repartible 1.000, dividido suma de créditos concurrentes 2.000, arroja un resultado de 0,5, con lo cual el porcentaje de percepción -y la consiguiente pérdida- de cada crédito será la mitad de los respectivos importes de cada uno).

Art. 250. - [CRÉDITOS SUBORDINADOS] Si los acreedores hubiesen convenido con su deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas presentes o futuras de éste, sus créditos se registrarán por las condiciones de su subordinación.

La *subordinación* significa *postergación de rango*, esto es, un nivel inferior en el *ranking* de la concurrencia entre acreedores. La *subordinación* siempre debe entenderse *en relación* a otro acreedor o a otra categoría de acreedores, con respecto a quienes viene a colocarse al crédito *subordinado* en situación de cobro *posterior*. Esta situación puede tener origen *legal* (p.ej., art. 4º, párr. 2º, LCQ) o *convencional* (p.ej., art. 3876, Cód. Civil, modif. por art. 76, ley 24.441).

CAPÍTULO II

FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LOS CONCURSOS

SECCIÓN I

DESIGNACIÓN Y FUNCIONES

Art. 251. - [ENUNCIACIÓN] Son funcionarios del concurso el síndico, el coadministrador y los controladores del cumplimiento del acuerdo preventivo, y de la liquidación en la quiebra.

Art. 252. - [INDELEGABILIDAD DE FUNCIONES] Las atribuciones conferidas por esta ley a cada funcionario, son indelegables, sin perjuicio del desempeño de los empleados.

Además son excluyentes de la actuación del deudor y de los acreedores, salvo en los casos en que expresa-

